

Sygn. akt: KIO 237/23
KIO 239/23

WYROK
z dnia 15 lutego 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Bienias

Członkowie: Anna Chudzik
Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 lutego 2023 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 stycznia 2023 r. (sygn. akt KIO 237/23, KIO 239/23), przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **BADER-DROG sp. z o. o., sp. k. z siedzibą w Łubowie, T. B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą "BADERA" Firma Produkcyjno - Handlowo - Usługowa T. B. z siedzibą w Dalachowie, BUDI-A-Standard Spółka z o.o. z siedzibą w Oleśnicy, w postępowaniu prowadzonym przez Skarb Państwa - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Szczecinie,**

przy udziale wykonawcy **Maldrobud Sp. z o.o. Sp.k z siedzibą w Myśliborzu,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w sprawach o sygn. akt KIO 237/23 i KIO 239/23,

orzeka:

I. Sygn. akt KIO 237/23

1. Oddała odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **BADER-DROG sp. z o. o., sp. k. z siedzibą w Łubowie, T. B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą "BADERA" Firma Produkcyjno -**

Handlowo - Usługowa T. B. z siedzibą w Dalachowie, BUDIa-Standard Spółka z o.o. z siedzibą w Oleśnicy i

- a. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego, tytułem wpisu od odwołania.
- b. Zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 827 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące osiemset dwadzieścia siedem złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz koszty noclegu.

II. Sygn. akt KIO 239/23

1. Oddała odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **BADER-DROG sp. z o. o., sp. k. z siedzibą w Łubowie, T. B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą "BADERA" Firma Produkcyjno - Handlowo - Usługowa T. B. z siedzibą w Dalachowie, BUDIa-Standard Spółka z o.o. z siedzibą w Oleśnicy i**
 - a. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego, tytułem wpisu od odwołania.
 - b. Zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 827 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące osiemset dwadzieścia siedem złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz koszty noclegu.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019r. - Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Sygn. akt: KIO 237/23

KIO 239/23

Uzasadnienie

I. KIO 237/23:

Zamawiający - Skarb Państwa - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Szczecinie - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, pn.: „Całoroczne (bieżące i zimowe) utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Szczecinie”, numer referencyjny: GDDKiA O.Sz.D-3.2421.49.2022; (część 1 – obejmująca całoroczne (bieżące i zimowe) utrzymanie dróg krajowych obejmującej utrzymanie dróg krajowych Rejonu Lipiany). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2022/S 148-423956 w dniu 3 sierpnia 2022 r.

W dniu 26 stycznia 2023 r. wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **BADER-DROG sp. z o. o., sp. k. z siedzibą w Łubowie, T. B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą "BADERA" Firma Produkcyjno - Handlowo - Usługowa T. B. z siedzibą w Dalachowie, BUDiA-Standard Spółka z o.o. z siedzibą w Oleśnicy** wnieśli odwołanie na niezgodną z przepisami ustawy czynność/zaniechanie Zamawiającego polegającą na:

– zaniechaniu wezwania do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny wykonawcy MALDROBUD sp. z o.o. sp. k., ul. Królewiecka 43, 74-300 Myślibórz, w dalszej kolejności – w przypadku niezłożenia wyjaśnień lub też braku wykazania, że cena zaoferowana nie jest rażąco niska – odrzucenia tych ofert oraz

niezależnie - co stanowi skutek dalej idący;

zaniechania uznania oferty złożonej przez wykonawcę MALDROBUD sp. z o.o. sp. k., ul. Królewiecka 43, 74-300 Myślibórz, za niezgodną z warunkami zamówienia (Specyfikacją Warunków Zamówienia), mimo że nie obejmuje ona wszystkich elementów składających się na przedmiot zamówienia (w zakresie Zimowego utrzymania dróg) i w konsekwencji, zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez tego Wykonawcę;

ewentualnie, tj. na wypadek, gdyby Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że niezasadne jest odrzucenie oferty z uwagi na niezgodność z warunkami zamówienia:

– nieuzasadnionego wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez MALDROBUD sp. z o.o. sp. k. 74-300 Myślibórz ul. Królewiecka 43, w sytuacji, w której oferta tego wykonawcy, w tym jej istotne części składowe, jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości, co do możliwości jej wykonania;

ewentualnie, na wypadek, gdyby Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że niezasadne jest odrzucenie oferty w oparciu o powyższą podstawę:

– zaniechania wezwania do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny wykonawcy MALDROBUD sp. z o.o. sp. k., ul. Królewiecka 43, 74-300 Myślibórz, w dalszej kolejności – w przypadku niezłożenia wyjaśnień lub też braku wykazania, że cena zaoferowana nie jest rażąco niska – odrzucenia tych ofert;

– nieuzasadnionym wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez MALDROBUD sp. z o.o. sp. k., ul. Królewiecka 43, 74-300 Myślibórz;

– które to czynności zostały podjęte w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Całoroczne (bieżące i zimowe) utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Szczecinie”, numer referencyjny: GDDKiA O.Sz.D-3.2421.49.2022 (część 1 – obejmująca całoroczne (bieżące i zimowe) utrzymanie dróg krajowych obejmującej utrzymanie dróg krajowych Rejonu Lipiany) – a o czym Odwołujący dowiedział się z pisma z dnia 16 stycznia 2023 r.

Zaskarżonym czynnościom Zamawiającego zarzucam naruszenie następujących przepisów, tj.:

- 1. art. 224 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 p.z.p.** poprzez zaniechanie wezwania MALDROBUD sp. z o.o. sp. k. do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, pomimo iż istotne części składowe oferty tego Wykonawcy wydają się być rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia, tj. w zakresie grupy prac 10c – Zimowe Utrzymanie Dróg – tak co do „usuwania śliskości” (gdzie wykonawca przyjął stawkę 15 zł), jak i „odsnieżania wraz z usuwaniem śliskości” (gdzie wykonawca przyjął stawkę 35 zł) – a które to kwoty rodzą wątpliwości pod kątem ich realności i rynkowości, w szczególności mając na względzie, że są to kwoty 9-krotnie niższe od ceny drugiego wykonawcy ubiegającego się o zamówienie w części I, a co więcej – mając na względzie składowe niniejszych cen jednostkowych – wątpliwym jest, czy

Wykonawca jest w stanie wykonać wszystkie prace wchodzące w skład „usuwania śliskości” i „odśnieżania wraz z usuwaniem śliskości” mieszcząc się w tych cenach jednostkowych – a co winno skutkować wezwaniem do wyjaśnień, następnie – o ile Wykonawca nie złożyłby wyjaśnień w tym zakresie lub też okazałyby się one niewystarczające – odrzuceniem oferty tego wykonawcy, czego jednak Zamawiający zaniechał, a co doprowadziło do wyboru oferty MALDROBUD sp. z o.o. sp. k. jako najkorzystniejszej oraz zaniechania odrzucenia jego oferty. Należy dodać, że rażąco niski charakter cen jednostkowych wynika także z zaniżenia cen w zakresie ofert MALDROBUD sp. z o.o. sp. k. w obrębie ofert składanych na różne części postępowania (w części IV MALDROBUD sp. z o.o. sp. k. przyjął stawkę 5 zł, zaś dla cz. 1 – 15 zł dla ww. poz. „usuwania śliskości”, podobnie w części IV MALDROBUD sp. z o.o. sp. k. przyjął stawkę 10 zł, zaś dla cz. 1 – 35 zł ww. poz. „odśnieżania wraz z usuwaniem śliskości”).

2. **art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p.** poprzez wybór oferty złożonej przez MALDROBUD sp. z o.o. sp. k. jako najkorzystniejszej w Postępowaniu, pomimo że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, w tym Szczegółową Specyfikacją Techniczną w szczególności w zakresie pkt 1.3. i 1.4.36, 14.21 SST – gdyż nie obejmuje ona wszystkich elementów składających się na przedmiot zamówienia, na co wskazuje wycena wykonawcy MALDROBUD sp. z o.o. sp. k. w zakresie grupy prac nr 10c, tj. w zakresie grupy prac 10c – Zimowe Utrzymanie Dróg – tak co do „usuwania śliskości” – która to wycena nie pokrywa poszczególnych minimalnych kosztów związanych z jej elementami składowymi, a przez co czyni ofertę merytorycznie wadliwą;

a w konsekwencji

3. **art. 16 ust. 1 i 2 p.z.p.**, poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości. W sytuacji, gdy MALDROBUD sp. z o.o. sp. k. dokonując zaniżenia cen jednostkowych - w zakresie grupy prac 10c - ustalające takowe na poziomie nierynkowym, nierealistycznym (co stanowi podstawę dla zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 p.z.p.) doprowadził do kształtowania swojej oferty w sposób, który umożliwił MALDROBUD sp. z o.o. sp. k. uzyskanie nieuprawnionej przewagi rynkowej, a co stanowić powinno podstawę do odrzucenia jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 p.z.p., a co jednocześnie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2022 r. poz. 1233). Przy czym o

naruszeniu tego przepisu stanowi już samo ukierunkowanie działań na nieuczciwe praktyki i jak ma to miejsce w niniejszym postępowaniu dokonana przez MALDROBUD sp. z o.o. sp. k. manipulacja ceną oferty w zamiarze zwiększenia szans w uzyskanie zamówienia (tak wyrok KIO z 10.02.2022 r., KIO 192/22, LEX nr 3361895). Jakkolwiek wynika to także z samego zaniżenia cen w zakresie ofert MALDROBUD sp. z o.o. sp. k. w obrębie ofert składanych na różne części postępowania (w części IV MALDROBUD sp. z o.o. sp. k. przyjął stawkę 5 zł, zaś dla cz. 1 – 15 zł dla ww. poz. „usuwania śliskości”, podobnie w części IV MALDROBUD sp. z o.o. sp. k. przyjął stawkę 10 zł, zaś dla cz. 1 – 35 zł ww. poz. „odśnieżania wraz z usuwaniem śliskości”).

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- I. uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu:
 - unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej – dla części 1, obejmująca całoroczne (bieżące i zimowe) utrzymanie dróg krajowych obejmującej utrzymanie dróg krajowych Rejonu Lipiany;
 - odrzucenie oferty złożonej przez MALDROBUD sp. z o.o. sp. k., ul. Królewiecka 43, 74-300 Myślibórz, z uwagi na zastosowanie przez tego Wykonawcę inżynierii finansowej, kreującą nieuczciwą przewagę, i której treść także przez to nie odpowiada przedmiotowi zamówienia (warunkom zamówienia);

ewentualnie tj. na wypadek, gdyby Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że niezasadne jest odrzucenie oferty w oparciu o powyższą podstawę:

- wezwanie wykonawcy MALDROBUD sp. z o.o. sp. k., ul. Królewiecka 43, 74-300 Myślibórz, do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, w tym istotnych części składowych ofert;
 - powtórzenie czynności badania i oceny ofert w postępowaniu;
- II. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika na podstawie faktury VAT i spisu kosztów przedstawionych na rozprawie, zgodnie z § 5 pkt 2 lit. a-b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Jednocześnie, wnosił o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z następujących dokumentów:

- Tabeli nr 1. Tabela elementów rozliczeniowych (10c - Zimowe utrzymanie dróg) - porównanie stawek jednostkowych,
- Tabeli nr 2. Tabela elementów rozliczeniowych (10c - Zimowe utrzymanie dróg) - porównanie stawek sumarycznych prace 10 C,
- Tabeli nr 3. Porównanie przykładowe stawek „usuwanie śliskości” i „odśnieżanie wraz z usuwaniem śliskości” - I,
- Tabeli nr 4. Porównanie przykładowe stawek „usuwanie śliskości” i „odśnieżanie wraz z usuwaniem śliskości” – II,
- Tabeli nr 5. Porównanie „usuwanie śliskości” i „odśnieżanie wraz z usuwaniem śliskości” – ceny Maldrobud a kosztorys inwestorski,
- Wykresu nr 1. Porównanie przykładowe stawek „usuwanie śliskości” i „odśnieżanie wraz z usuwaniem śliskości” (1) i średnia arytmetyczna,
- Kosztorysu inwestorskiego (w dokumentacji postępowania),
na okoliczność wykazania następujących faktów, tj. każdorazowo powołanych w treści odwołania, w szczególności 1) braku uwzględnia poszczególnych elementów zamówienia przez wykonawcę MALDROBUD sp. z o.o. sp. k., ul. Królewiecka 43, 74- 300 Myślibórz; 2), wysokości cen rynkowych i kosztów składających się na przedmiot zamówienia, w tym TER 10C; 3) porównania cen podanych przez Maldrobud do cen innych wykonawców, do cen rynkowych, do średniej arytmetycznej oraz do cen wskazanych przez Zamawiającego w kosztorysie inwestorskim.

Odwołujący wskazał, że:

a. Stan faktyczny

W ramach zamówienia publicznego pn.: „Całoroczne (bieżące i zimowe) utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Szczecinie”, numer referencyjny: GDDKiA O.Sz.D-3.2421.49.2022 (część 1 – obejmująca całoroczne (bieżące i zimowe) utrzymanie dróg krajowych obejmującej utrzymanie dróg krajowych Rejonu Lipiany), w którym to postępowaniu Zamawiającym jest Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad (prowadzący postępowanie: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Szczecinie), za najkorzystniejszą została wybrana oferta złożona przez wykonawcę: „MALDROBUD” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa

ul. Królewiecka 43, 74-300 Myślibórz (dalej jako „Maldrobud”). W uzasadnieniu wskazano, że Wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, a jego oferta nie podlega odrzuceniu oraz otrzymała najwyższą liczbę punktów obliczoną zgodnie z SWZ, Tom I, pkt. 21 IDW.

Przedmiotowa informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty została sporządzona w dniu 16 stycznia 2023 r. Jednocześnie, należy wskazać, że na drugim miejscu w zestawieniu złożonych ofert uplasował się Odwołujący, tj. Konsorcjum firm: 1) BADER-DROG sp. z o. o., sp. k. – Lider Konsorcjum, 2) "BADERA" Firma Produkcyjno - Handlowo - Usługowa T. B. – Partner Konsorcjum, 3) BUDIa-Standard Spółka z o.o. – Partner Konsorcjum.

W świetle przedstawionych przez Odwołującego zarzutów, czynność Zamawiającego nie może zostać uznana za prawidłową, a to z następujących, szczegółowo wskazanych względów.

b. Uzasadnienie prawne

Oferta złożona przez wykonawcę Maldrobud została niesłusznie uznana za najkorzystniejszą ofertę w Postępowaniu, jak również niesłusznie została uznana za prawidłowe pod kątem merytorycznym i wyliczeniowym – co zostanie rozwinięte w dalszej części odwołania. Zamawiający dokonując badania i oceny ofert, a w konsekwencji wyboru Maldrobud dopuścił się szeregu błędów i naruszeń przepisów Prawa Zamówień publicznych, w szczególności zaniechał dokładnego zbadania oferty wykonawcy Maldrobud.

Przede wszystkim należy wskazać, że oferta Wykonawcy Maldrobud nie obejmuje pełnego zakresu, który wyceniony powinien zostać w ramach Zimowego Utrzymania Dróg. Ponadto cena zaoferowana przez Maldrobud nosi znamiona ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia, a przez co budzi wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentacji postępowania – w szczególności pod kątem wspomnianych istotnych części składowych oferty – Grupy prac nr 10c.

I. Oferta wykonawcy MALDROBUD sp. z o.o. sp. k. a ocena pod kątem rażąco niskiej ceny

Odwołujący wskazuje, że oferta Wykonawcy Maldrobud jest niewiarygodnie niska w zakresie wyceny pozycji grupy prac nr 10c - Zimowe utrzymanie dróg i budzi daleko idące wątpliwości, co do prawidłowości kalkulacji ceny ofertowej, jak również co do realności uwzględnienia w swojej wycenie wszystkich elementów wymaganych przez Zamawiającego w dokumentacji zamówienia. Tymczasem Zamawiający nie tylko zaniechał odrzucenia oferty Maldrobud, ale nawet zaniechał wezwania do wyjaśnień w trybie art. 224 p.z.p.

1) **Czynności ZUD prace 10c, koszty składowe**

Jako punkt wyjścia wskazać trzeba na samo rozumienie pojęcia „usuwania śliskości” i „ośnieżania wraz z usuwaniem śliskości”, wskazane przez Zamawiającego w Szczegółowej Specyfikacji Technicznej Zamówienia w zakresie prac TER 10C (dalej jako „SST”). I tak:

Zgodnie z zapisem 1.3. SST:

(...)

W ramach zimowego utrzymania dróg Wykonawca zrealizuje poniższe czynności:

- a. *odśnieżanie (m. in. dróg, zatok, skrzyżowań, chodników i dróg rowerowych) - usuwanie śniegu z wszystkich elementów drogi: jezdni, poboczy, chodników i dróg rowerowych, parkingów, zatok autobusowych wraz z peronem, obiektów inżynierskich, przejść podziemnych, przełączek, pasów włączenia i wyłączenia, azyli, kładek dla pieszych itp.*
- b. *usuwanie nawiewów śnieżnych z oznakowania pionowego, pachołków, elementów odblaskowych na poręczach oraz innych urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego;*
- c. *posypywanie i polewanie substancjami przeciwdziałającymi śliskości - zwalczanie śliskości zimowej m.in. na drogach, parkingach, chodnikach i drogach rowerowych, kładkach dla pieszych, obiektach inżynierskich, na peronach zatok autobusowych (poprzez zapobieganie śliskości i usuwanie śliskości);*
- d. *prowadzenie całodobowych dyżurów zimowych;*
- e. **zakup materiałów do przeciwdziałania i zwalczania śliskości** (w tym m.in. chlorek sodu, chlorek wapnia, chlorek magnezu, piasek), w tym także czynności związane z **transportem i składowaniem**;
- f. *prace związane z transportem i rozładowaniem ww. materiałów z pojazdów i rozlokowaniem ich w magazynach soli;*
- g. *wykonanie solanek w wytwornicach solanki, mieszanek piaskowo-solnych;*

- h. załadowanie materiałów uszorstniających i środków chemicznych na pługosolarki, solanek (tankowanie do zbiorników) i mieszanek piaskowo-solnych na nośniki ZUD;
 - i. na polecenie Zamawiającego **wywóz śniegu i lodu (załadunek, transport, rozładunek i składowanie)** z jezdni, chodników i dróg rowerowych, obiektów inżynierskich;
- (...)

Jednocześnie zwrócić należy uwagę na same definicje składowych w TER 10C:

- 1.4.36. SST **Usuwanie śliskości zimowej** - usunięcie z nawierzchni drogi, chodników, parkingów i obiektów mostowych lodu lub zlodowaciałego śniegu przez posypanie drogi środkami chemicznymi lub materiałami uszorstniającymi.
- (...)
- 1.4.21. SST **Odśnieżanie** – usunięcie zalegającego jezdni, pobocza, chodniki i obiekty mostowe opadu śniegu i błota pośniegowego.

Kolejno, w zapisie 5.3 odnoszącym się do fazy II, również ujęto poszczególne czynności mieszczące się w TER 10c, tj.:

W ramach prac wykonywanych w etapie II Wykonawca realizować będzie:

- prowadzenie dyżurów ZUD wraz z dokumentowaniem pracy sprzętu,
- zapewnienie gotowości czynnej lub biernej – w zależności od panujących oraz prognozowanych warunków atmosferycznych,
- zwalczanie śliskości zimowej oraz skutków innych niekorzystnych zjawisk atmosferycznych występujących w sezonie zimowym na wszystkich elementach drogi poprzez zapobieganie śliskości i usuwanie śliskości;
- odśnieżanie, tj. usuwanie śniegu oraz błota pośniegowego ze wszystkich elementów drogi: jezdni, poboczy, chodników i dróg rowerowych, dojeżdż do kładek, skrzyżowań, zatok autobusowych i postojowych, pasów włączania/wyłączania, dróg zbiorczych i serwisowych, azyli, parkingów, obiektów inżynierskich, miejsc do ważenia pojazdów;
- odśnieżanie dróg w przypadku wystąpienia utrudnień w ruchu drogowym przy wykorzystaniu sprzętu ciężkiego (równiarki, ładowarki, koparko – ładowarki itp.);

W powyższych zapisów Szczegółowej Specyfikacji Technicznej wyraźnie wynika, że Zamawiający szczegółowo uregulował kwestie ujęte w TER 10C, przykładowo do usuwania śliskości oraz odśnieżania wraz z usuwaniem śliskości takich elementów jak chodniki, drogi rowerowe czy ciągi pieszo-rowerowe. Podkreślić również należy, że już chociażby analiza ww. zapisów pozwala na wyodrębnienie poszczególnych kosztów składających się na ceny jednostkowe w tych pozycjach - szczególnie 1.3. i 1.4.36, 14.21 SST. Sam Zamawiający wskazał przykładowo na koszty: *zakup materiałów do przeciwdziałania i zwalczania śliskości (w tym m.in. chlorek sodu, chlorek wapnia, chlorek magnezu, piasek), koszty związane z transportem i rozładowaniem ww. materiałów z pojazdów i rozładowaniem ich w magazynach soli czy też koszt wywozu śniegu i lodu (załadunek, transport, rozładunek i składowanie) z jezdni, chodników i dróg rowerowych, obiektów inżynierskich (o czym dalej).*

W nawiązaniu do powyższego należy wskazać również na wytyczne, co do których w warunkach zamówienia odwołuje się sam Zamawiający. Zgodnie z ust. 5.7.5. Zarządzenia Nr 31 Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z dnia 5 września 2017 r. w sprawie wprowadzenia "Wytycznych zimowego utrzymania dróg" (Dz. Urz. GDDKiA z 2017 r. poz. 31):

*Technika odśnieżania chodników, peronów przy zatokach autobusowych i ścieżek rowerowych jest uzależniona od ich długości, szerokości oraz rodzaju i ilości śniegu. Do odśnieżania tego typu elementów drogi należy **używać przede wszystkim sprzętu specjalistycznego przeznaczonego do tego celu oraz pługów, szczotek mechanicznych i odśnieżarek prowadzonych ręcznie.** Niedopuszczalne jest odkładanie śniegu z chodników i ścieżek rowerowych na jezdnię. Stosowanie dużych nośników uzależnione jest od nośności i szerokości dróg.*

Podkreślić trzeba, że cena jednostkowa za kilometr na dobę musi uwzględniać koszty wykonania w danej dobie rozliczeniowej wszystkich czynności ZUD, jak również wielokrotność wykonania czynności (tak związanych z usuwaniem, jak i odśnieżaniem wraz z usuwaniem śliskości – zob. ww. definicje) w ciągu danej doby.

Zgodnie z 9.1. SST: (...) *Pozycje kosztorysowe:*

- *gotowość do zud,*
- *zapobieganie śliskości,*
- *zwalczanie śliskości,*
- *odśnieżanie wraz z usuwaniem śliskości,*

muszą uwzględniać koszty wykonania w danej dobie rozliczeniowej **wszystkich czynności ZUD oraz ich krotkości**.

Nadto, podkreślić trzeba, że wykonawca obowiązany jest do utrzymania standardu ZUD i podjęcia stosownych działań.

Powyższego nie uwzględnia wykonawca Maldrobud – tak co do konieczności uwzględnienia krotkości, jak i wszystkich czynności.

Po pierwsze, odnosząc się do samych kosztów pracowniczych podkreślić trzeba, że wykonawca Maldrobud nie jest w stanie pokryć już samych kosztów pracowniczych (tak co do usuwania śliskości, jak i odśnieżania wraz z usuwaniem śliskości).

W pierwszej kolejności wskazać należy, że zgodnie z 3.4. SST: (...) *Wykonawca oddeleguje do wykonywania czynności określonych przez SST taką liczbę pracowników by proces zimowego utrzymania mógł być realizowany w systemie ciągłym 24 godz./dobę we wszystkie dni tygodnia, przy uwzględnieniu ograniczeń czasu pracy pracowników zgodnie z kodeksem pracy. Nie dopuszcza się prowadzenia akcji zimowej dla innych podmiotów (w tym innych zarządców dróg), przy pomocy tych samych pracowników.*

Dalej, w ślad za Zamawiającym, powołać należy się na Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 13 września 2022 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2023 r. (Dz. U. poz. 1952):

§ 1. *Od dnia 1 stycznia 2023 r. ustala się minimalne wynagrodzenie za pracę w wysokości 3490 zł.*

§ 2. *Od dnia 1 stycznia 2023 r. ustala się minimalną stawkę godzinową w wysokości 22,80 zł.*

§ 3. *Od dnia 1 lipca 2023 r. ustala się minimalne wynagrodzenie za pracę w wysokości 3600 zł.*

§ 4. *Od dnia 1 lipca 2023 r. ustala się minimalną stawkę godzinową w wysokości 23,50 zł.*

Dla pensji minimalnej 3490 zł brutto, łączny koszt pracodawcy wynosi 4204,75 zł.

Średnia stawka godzinowa przy założeniu wykonywania pracy (nawet bez założenia, że pracownik wykonuje pracę w godzinach nocnych oraz bez dodatku świątecznego) dla minimalnego wynagrodzenia tj. 160 godzin/m-c wynosi: 26,28 zł/ godz. pracy (tj. powyżej zaproponowanej przez Maldrobud - 15 zł).

Mając powyższe na uwadze wskazać w tym miejscu należy, że wykonawca kalkulując ofertę musiał zakładać także, że Zamawiający w ramach realizacji zamówienia, zleci mu czynność usuwania śliskości na odcinku 24 km w wymiarze dobowym, a co daje 24km/dobę, tj. 1 km/h.

Wówczas, wykonawca otrzyma od zamawiającego wynagrodzenie – przyjmując wartość Maldrobud – w kwocie 15 zł/h (15 zł x 24 h), a co nawet nie pokryje kosztów chociażby jednego pracownika, którego to wykonawca będzie musiał zatrudnić do danej czynności – zgodnie z przepisami powszechnie obowiązującymi (a zatem 26,28 zł/godz., tj. 24x26,28 zł +dodatek nocny/dobę). Nie będzie to oczywiście możliwe, gdyż zaproponowana stawka 15 zł przy uwzględnieniu wynagrodzenia pracownika na poziomie minimalnym - 26,28 zł, nie pozwala na realizację w zakresie określonym przedmiotem zamówienia. Przy czym podkreślić należy, że z analizy zarówno cen jednostkowych innych wykonawców, jak i samego Zamawiającego, kosztorysu inwestorskiego, wynika, że koniecznym jest uwzględnienie takiej możliwości. Żaden z wykonawców (oprócz Maldrobud), jak również sam Zamawiający (w kosztorysie inwestorskim) – nie wskazuje stawki, która to jest niższa od ww. stawki minimalnego wynagrodzenia.

Nadto należy wskazać, że w przypadku użycia sprzętu – ciągnika do odśnieżania, jego załadunku istnieje konieczność wykonania prac pomocniczych, które będą wymagać zaangażowania kolejnych osób. Także wykonanie prac w sposób zmechanizowany oraz realizacji prac ręcznych w miejscach trudno dostępnych - przy znakach drogowych, barierach - nie jest możliwe bez zaangażowania pracowników fizycznych, niezależnie od operatora.

Co więcej, należy mieć przy tym na względzie, że każdy z pracowników będzie nie tylko wykonywać czynności związane z samą likwidacją śliskości, ale konieczne jest powierzenie prac ściśle z nimi związanych m.in.: transportem (przy czym może dojść do sytuacji, gdy wykonawca musi dojechać do jednego odcinka z miejsca oddalonego) i rozładowaniem materiałów z pojazdów, rozłokowaniem, załadowaniem materiałów. Powierzone prace mogą wymagać w zależności od potrzeb Zamawiającego zmiany miejsca wykonania. Zakładając zakres zamówienia, konieczność przemieszczania się pomiędzy miejscowościami, utrzymania standardu zimowego utrzymania, możliwość zlecenia przez Zamawiającego realizacji usług w oddalonych od siebie obszarach - jednocześnie - co nakazuje przewidywać konieczność zaangażowania więcej niż jednej brygady, założenia przyjęte przez Maldrobud, nie uwzględniające wynagrodzenia nawet jednego pracownika – są nierealne. W wymiarze dobowym, w którym mają zostać powierzone prace, nie pozwalają one na zagwarantowanie pracy nawet przez jednego pracownika, wykonywującego pracę w oparciu o stawkę minimalną, w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia wymaga konieczności przewidywania zaangażowania pracowników w zakresie znacząco przekraczającym wymiar jednego etatu.

Mając powyższe na uwadze należy stwierdzić, że na podstawie samych unormowań ustawowych założona przez Maldrobud wartość jest niemożliwa do uznania, jako realna. Co

więcej, jest niezgodna z ww. Rozporządzeniem o stawce minimalnej.

Po drugie, należy w tym miejscu wskazać, że w ramach wyliczeń stawek w poz. 10c, trzeba uwzględnić – oprócz kosztów pracowniczych – następujące przykładowe koszty:

- koszty materiału (piasku);
- koszty związane z transportem (w tym koszty paliwa, eksploatacji, amortyzacji)
- opłaty za przejazd;
- koszty sprzętów;
- zwiększenie dawki materiału do posypywania.

Tymczasem Maldrobud w swojej ofercie wskazał w pozycji Odśnieżanie wraz z usuwaniem śliskości stawkę 35 zł, zaś w pozycji Usuwanie śliskości 15 zł – co jest w istocie stawką nierealną, a co więcej – potwierdza niezgodność z warunkami zamówienia (w tym SST i wyżej wskazanymi zapisami) – koszty te zostały pominięte.

2) Analiza porównawcza oferta wykonawcy i wskazane ceny jednostkowe w TER 10C – a warunki zamówienia i nierynkowość ceny

Zaoferowana cena przez Maldrobud (ceny co do pozycji „usuwanie śliskości” oraz „odśnieżanie wraz z usuwaniem śliskości”) należy uznać za ceny nierynkowe, a co więcej merytoryczna analiza prowadzi do wniosków o niezgodności z warunkami zamówienia.

Przede wszystkim Odwołujący pragnie wskazać, że wątpliwości co do przedmiotowych cen wynikają chociażby z zestawienia kosztu wskazanego przez Maldrobud za usuwanie śliskości (15 zł) i odśnieżania z usuwaniem śliskości (35 zł) z poszczególnymi kosztami składowymi na te ceny jednostkowe (np. zakup pisaku). Nie jest bowiem możliwe wykonanie zamówienia zgodnie z warunkami (w tym ww. zapisami SST) – przy przyjęciu cen jednostkowych Maldrobud, który to zdaje się nie uwzględniać całego zakresu prac w tych pozycjach – a co świadczy o merytorycznej wadliwości oferty. Nadto, brak rynkowości wskazanych przez Maldrobud niniejszych cen jednostkowych jednoznacznie potwierdza chociażby zestawienie stawek zaproponowanych przez innych wykonawców – w analogicznych czynnościach. Poniżej Odwołujący pragnie przedstawić analizę porównawczą, z której to jednoocześnie wynika, że Maldrobud nie uwzględnia całego zakresu prac w tych pozycjach, a wskazane przez Maldrobud ceny nie są rynkowe.

Po pierwsze, Odwołujący pragnie przedstawić porównanie cen jednostkowych złożonych ofert w postępowaniu w zakresie rozważanej części I - Tabela elementów rozliczeniowych 10c

- Zimowe utrzymanie dróg (usuwanie śliskości i odśnieżanie z usuwaniem śliskości). Z poniżej tabeli wynika, że ceny jednostkowe Maldrobud są **aż 9-krotnie niższe od oferty drugiego wykonawcy**.

Tabela nr 1. Tabela elementów rozliczeniowych (10c - Zimowe utrzymanie dróg) - porównanie stawek jednostkowych (*przy czym tożsama tabela została dołączona jako dowód do

Element pasa drogowego	Dane stałe - podane przez Zamawiającego			OFERTA MALDROBUD (1)			OFERTA KONSORCJUM BADERDROG (2)		Porównanie - cena jednostkowa w ofercie (2) a cena jednostkowa w ofercie (1) - w %	
	długość elementu pasa drogowego w km	krotność	liczba sezonów	Usuwanie śliskości	Odśnieżanie wraz z usuwaniem śliskości	wartość zadania za okres jednego sezonu zim. netto	Usuwani e śliskości	Odśnieżani e wraz z usuwaniem m śliskości	Usuwani e śliskości	Odśnieżani e wraz z usuwaniem śliskości
				Cena jedn. netto [km/dobę]	Cena jedn. netto [km/dobę]		cena jedn. netto [km/dobę]	cena jedn. netto [km/dobę]		
chodniki przyjezdni	27,560	50	3	15	35	68900	150	300	90	88

niniejszego odwołania)

chodniki odsunięte od jezdni	18, 000	50	3	15	35	45000	150	300	90	88
drogi rowerowe	2,5 70	50	3	15	35	6425	150	300	90	88
ciągi pieszo - rowerowe przy jezdni	1,5 30	50	3	15	35	3825	150	300	90	88
ciągi pieszo - rowerowe odsunięte	14, 970	50	3	15	35	37425	150	300	90	88
RAZEM						161575				
									WNIOSEK	WNIOSEK
									Ceny jedn. Maldrobud są o 90% mniejsze od oferty (2)	Ceny jedn. Maldrobud są o 88% mniejsze od oferty (2)

Tabela nr 2. Tabela elementów rozliczeniowych (10c - Zimowe utrzymanie dróg) - porównanie stawek sumarycznych prace 10 C (*przy czym tożsama tabela została dołączona jako dowód do niniejszego odwołania)

	Dane stałe	OFERTA MALDROBUD (1)	OFERTA KONSORCJUM BADERDROG (2)	
--	---------------	----------------------	------------------------------------	--

Element pasa drogowego	liczba sezonów	wartość zadania za okres jednego sezonu zimowego	Cena z oferty za wszystkie sezony	wartość zadania za okres jednego sezonu zimowego	Cena z oferty za wszystkie sezony	cena oferty (2)/cena oferty Magbud
chodniki przy jezdni	3	68 900,00 zł	206 700,00 zł	620 100,00 zł	1 860 300,00 zł	900%
chodniki odsunięte od jezdni	3	45 000,00 zł	135 000,00 zł	405 000,00 zł	1 215 000,00 zł	900%
drogi rowerowe	3	6 425,00 zł	19 275,00 zł	57 825,00 zł	173 475,00 zł	900%

ciągi pieszo - rowerowe przy jezdni	3	3 825,00 zł	11 475,00 zł	34 425,00 zł	103 275,00 zł	900%
ciągi pieszo - rowerowe odsunięte	3	37 425,00 zł	112 275,00 zł	336 825,00 zł	1 010 475,00 zł	900%
RAZEM		161 575,00 zł	484 725,00 zł	1 454 175,00 zł	4 362 525,00 zł	WNIOSEK: Cena jedn. Magbud jest 9-krotnie niższa niż cena drugiej oferty

Już chociażby z ww. porównania wynika, że cena zaoferowana przez Maldrobud w znaczący sposób odbiega od cen w niniejszym postępowaniu i cen rynkowych. Na zasadność dokonania analogicznego porównania przez Zamawiającego podczas oceny ofert zwraca uwagę Krajowa Izba Odwoławcza. Porównanie cen jednostkowych stanowiących podstawę ustalenia odrębnego wynagrodzenia za poszczególne usługi wchodzące w zakres przedmiotu zamówienia, w niniejszym postępowaniu ustalanych kosztorysowo – na podstawie tabeli 10c - Zimowe utrzymanie dróg – wyodrębnionych przez Zamawiającego i w stosunku do których Zamawiający oczekiwał podania w formularzu cenowym stanowi podstawę dla ustalenia rynkowego charakteru ceny. Jak wskazuje się w orzecznictwie ceny składowe lub ceny jednostkowe mogą być badane w zakresie rażąco niskiej ceny, w sytuacji kiedy mogą zaważyć na należyтым wykonaniu przyszłej umowy. Regulację dotyczące rażąco niskiej ceny mają na celu zabezpieczenie zamawiającego, przed koniecznością zawierania umowy z wykonawcą oferującym cenę na tyle niską, iż wątpliwym wydaje się, że wykonawca ten wykona umowę, ewentualnie, iż wykona ją należycie. Nie jest przy tym wykluczona możliwość popełnienia

przez danego wykonawcę czynu nieuczciwej konkurencji w zakresie cen składowych i ich wzajemnej relacji (KIO 488/18 - wyrok KIO z dnia 28 marca 2018 r.). Badanie ofert pod kątem rażąco niskiej ceny należy zatem odnieść również do cen jednostkowych, czy istotnych pojedynczych elementów kształtujących cenę oferty. Zatem o rażąco niskiej cenie można również mówić, gdy rażąco niskie okażą się jedynie pewne ceny jednostkowe, czy pewne ceny za poszczególne pojedyncze prace, niezależnie czy przekładają się na rażąco niską cenę w odniesieniu do całego zamówienia. Istotne jest zatem, aby była to cena taka, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby nieopłacalne. Przy czym musi to być cena rażąco niska w stosunku do konkretnego przedmiotu zamówienia, uwzględniającego specyfikę rynku, w którym poszczególne ceny jednostkowe są kształtowane wobec innych wykonawców.

Po drugie, wskazać również należy, że brak uwzględnienia wszystkich składowych w pozycji 10 C przez Maldrobud czy też nierynkowość cen znajduje również potwierdzenie w porównaniu cen Maldrobud z formularzami ofertowymi innych wykonawców i wskazanych w nich stawkach za czynności usuwania śliskości czy też odśnieżania wraz z usuwaniem śliskości – w zakresie tego samego zamówienia publicznego, w innych częściach zamówienia. Egzemplifikując, w zakresie części IV (w której to również została wybrana oferta Maldrobud, a przy której w kalkulacji przyjął on tożsame stawki w zakresie elementów TER 10 c), ceny innych wykonawców zostały określone na następującym poziomie:

- I. „usuwanie śliskości” (ceny jednostkowe):
 - Zaberd Sp. z o.o.: **85,00 zł**;
 - Saferoad Grawil Sp. z o.o.: **55,55 zł**;podczas gdy Maldrobud w niniejszej ofercie wskazał cenę jedynie **15,00 zł** (!).

- II. „odśnieżanie wraz z usuwaniem śliskości” (ceny jednostkowe):
 - Zaberd Sp. z o.o.: 95,00 zł;
 - Saferoad Grawil Sp. z o.o.: 85,00 zł;podczas gdy Maldrobud w niniejszej ofercie wskazał cenę jedynie **35,00 zł** (!).

Dowód:

- wyciąg z formularza ofertowego Zaberd Sp. z o.o. - TER rejon Stargadr – grupa prac 10 C
- wyciąg z formularza ofertowego Saferoad Grawil Sp. z o.o.- TER rejon Stargadr – grupa prac 10 C

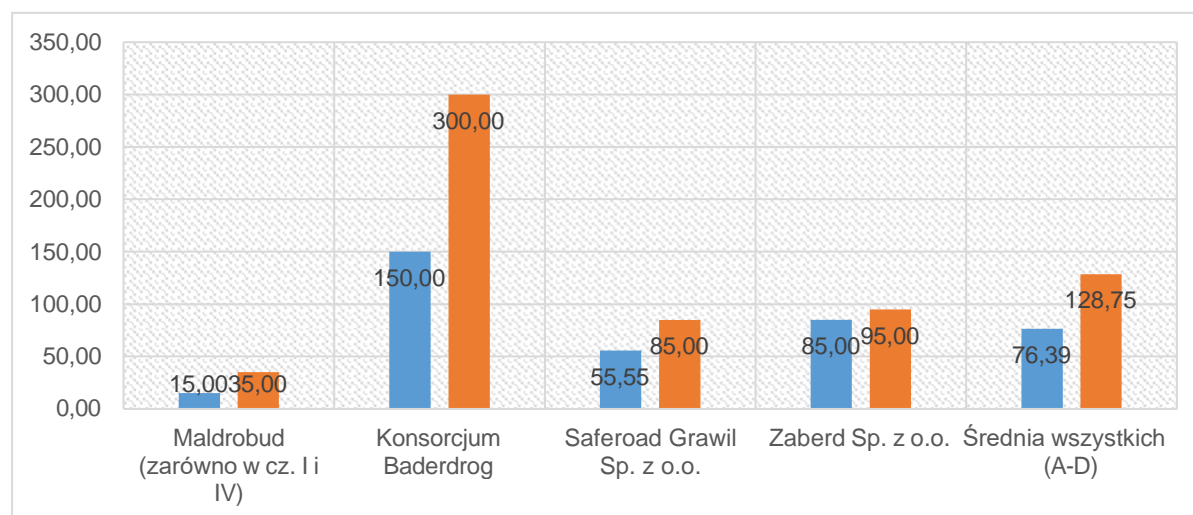
Poniżej Odwołujący przedstawia tabelę z wykresem, które to obrazują dokładniej poziom, w jakim cena Maldrobud odbiega o innych – występujących w tym samym zamówieniu publicznym, w tożsamyh pozycjach.

Tabela nr 3. Porównanie przykładowe stawek „usuwanie śliskości” i „odśnieżanie wraz z usuwaniem śliskości” - I

(*przy czym tożsama tabela została dołączona jako dowód do niniejszego odwołania)

	A	B	C	D	E	F	G
czynność ZUD	Maldrobud (w cz. I)	Konsorcjum Baderdrog	Saferoad Grawil Sp. z o.o.	Zaberd Sp. z o.o.	Średnia wszystkich (A-D)	Średnia (poz E) - cena Meldrobud	średnia/cena oferty Magbud
usuwanie śliskości	15,00	150,00	55,55	85,00	76,39	61,39	509%
odśnieżanie wraz z usuwaniem śliskości	35,00	300,00	85,00	95,00	128,75	93,75	368%

Wykres 1. Porównanie przykładowe stawek „usuwanie śliskości” i „odśnieżanie wraz z usuwaniem śliskości” (1) i średnia arytmetyczna (*przy czym tożsama wykres został dołączony jako dowód do niniejszego odwołania)



Nadto, gdyby z ww. zestawienia i otrzymanej średniej usunąć nierynkową cenę – tj. zaoferowaną przez Maldrobud – poziom, w jakim cena w pozycji „usuwania śliskości” byłaby zaniżona do wskazanych przykładowych cen (również złożonych w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia – w cz. IV) **ponad 6-krotnie (!)**, zaś co do odśnieżanie wraz z

usuwaniem śliskości **prawie 5-krotnie (!)**.

Tabela nr 4. Porównanie przykładowe stawek „usuwanie śliskości” i „odśnieżanie wraz z usuwaniem śliskości” - II (**przy czym tożsama tabela została dołączona jako dowód do niniejszego odwołania*)

	A	B	C	D	E		G
czynność ZUD		Konsorcjum Baderdrog	Saferoad Grawil Sp. z o.o.	Zaberd Sp. z o.o.	Średnia wszystkich h bez oferty Maldrobud (B-D)	Średnia (poz E) - cena Meldrobud	średnia/cena oferty Magbud
usuwanie śliskości	15,00	150,00	55,55	85,00	96,85	81,85	646%
odśnieżanie wraz z usuwaniem śliskości	35,00	300,00	85,00	95,00	160,00	125,00	457%

Na zasadność dokonania analogicznego porównania przez Zamawiającego podczas oceny ofert zwraca uwagę Krajowa Izba Odwoławcza. Przykładowo, w jednym z wyroków: *punktem odniesienia do kwalifikacji ceny jako rażąco niskiej mogą być w szczególności: (...), **ceny zaoferowane przez innych wykonawców, ceny rynkowe przedmiotu zamówienia*** (Wyrok KIO z 11.05.2010 r., KIO/UZP 661/10, LEX nr 584117).

Przyjmuje się, że cena rażąco niska to taka, która jest nierealistyczna, nie pozwala na należyte wykonanie przedmiotu zamówienia, nie uwzględnia jego specyfiki, jak też jest ceną nierynkową, tj. **nie występuje na danym rynku**, na którym ceny wyznaczane są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym (zob. wyrok KIO z 26.04.2022 r., KIO 953/22, LEX nr 3399614).

Jednocześnie, podkreślić trzeba, że Izba zwraca uwagę na konieczność dokonywania oceny różnic cenowych pomiędzy ofertami poszczególnych wykonawców w sposób zobiektywizowany: *„Powyższy przepis nie określa sztywnych reguł wyznaczających obowiązek wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień (tak jak ma to miejsce w przypadku art. 90 ust. 1a ustawy Pzp), a uzależnia skierowanie wezwania do wyjaśnień od istnienia wątpliwości, co do realności ceny lub jej istotnych części składowych. Wystąpienie takich wątpliwości powinno być oceniane w sposób zobiektywizowany, a nie wyłącznie przez pryzmat*

subiektywnego przeświadczenia zamawiającego. Oznacza to, że ocena, czy istnieją wątpliwości co do realności ceny, powinna być dokonywana z uwzględnieniem czynników obiektywnych i wymaga odpowiedzi na pytanie, czy oceniając zaoferowane ceny racjonalnie, z uwzględnieniem realiów rynkowych, należy dojść do wniosku, że cena jest na tyle niska, że uzasadnione jest uzyskanie dodatkowych informacji, które pozwolą stwierdzić, czy jest to usprawiedliwione okolicznościami, w których działa dany wykonawca. Jeżeli takie obiektywnie uzasadnione wątpliwości zachodzą, wezwanie do złożenia wyjaśnień jest obowiązkiem Zamawiającego, a zaniechanie realizacji tego obowiązku stanowi naruszenie przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp (zob. wyrok KIO z dnia 24 lipca 2020 r., sygn. KIO 1289/20).

Po trzecie, Odwołujący poniżej obrazuje również zestawienie stawek wskazanych przez Maldrobud w zestawieniu z kosztorysem inwestorskim. Podkreślić trzeba, że Maldrobud proponuje za usuwanie śliskości stawkę jednostkową zaledwie 15 zł – podczas gdy sam Zamawiający wskazał stawkę 50 zł. Z kolei w pozycji Odśnieżanie wraz z usuwaniem śliskości, Maldrobud wskazał stawkę 35 zł, gdy sam Zamawiający podał kwotę 80 zł. Z porównania tego wyniku, że:

- „usuwanie śliskości” – cena Maldrobud jest **3,33-krotnie** niższa podana w kosztorysie inwestorskim;
- „odśnieżanie wraz z usuwaniem śliskości” – cena Maldrobud jest **2,29-krotnie** niższa aniżeli podana w kosztorysie inwestorskim;

Tymczasem nawet tak duże rozbieżności pomiędzy cenami jednostkowymi Maldrobud – a podanymi przez samego Zamawiającego, nie tylko nie spowodowały odrzucenia oferty, ale nawet nie wywołały po stronie Zamawiającego reakcji w postaci wezwania do wyjaśnień (art. 224 p.z.p.).

Tabela nr 5. Porównanie „usuwanie śliskości” i „odśnieżanie wraz z usuwaniem śliskości” – ceny Maldrobud a kosztorys inwestorski (**przy czym tożsama tabela została dołączona jako dowód do niniejszego odwołania*)

	OFERTA MALDROBUD		OFERA BADER-DROG		Kosztorys inwestorski			
	Usuwanie śliskości	Odśnieżanie wraz z usuwaniem śliskości	Usuwanie śliskości	Odśnieżanie wraz z usuwaniem śliskości	Usuwanie śliskości	Odśnieżanie wraz z usuwaniem śliskości	Usuwanie śliskości	Odśnieżanie wraz z usuwaniem śliskości

Element pasa drogowego	Cena jedn. netto [km/dobę]	Cena jedn. netto [km/dobę]	Cena jedn. netto [km/dobę]	Cena jedn. netto [km/dobę]	cena jedn. netto [km/dobę]	cena jedn. netto [km/dobę]	cena z kosztorysu inwestorskiego/cena oferty Magbud	cena z kosztorysu inwestorskiego/cena oferty Magbud
chodniki przy jezdni	15,00	35,00	150,00	300,00	50,00	80,00	333%	229%
chodniki odsunięte od jezdni	15,00	35,00	150,00	300,00	50,00	80,00	333%	229%
drogi rowerowe	15,00	35,00	150,00	300,00	50,00	80,00	333%	229%
ciągi pieszo - rowerowe przy jezdni	15,00	35,00	150,00	300,00	50,00	80,00	333%	229%
ciągi pieszo - rowerowe odsunięte	15,00	35,00	150,00	300,00	50,00	80,00	333%	229%
							Cena Maldrobud jest 3,33-krotnie niższa podana w kosztorysie inwestorskim	Cena Maldrobud jest 2,29-krotnie niższa podana w kosztorysie inwestorskim

Stopień odbiegania od cen rynkowych (9-krotnie niższe od Odwołującego; około 4-5 krotnie wyższe od średniej w analogicznych pozycjach co do części IV niniejszego zamówienia; 3,33-krotnie/2,29-krotnie niższych od stawek w kosztorysie inwestorskim) świadczy o wadliwości oferty Maldrobud – co nie doprowadziło ani do odrzucenia oferty z uwagi na niezgodności z warunkami zamówienia, ani nawet do wezwania do złożenia wyjaśnień RNC – a co jest działaniem sprzecznym z przepisami p.z.p. Nadto, złożenie oferty z tak niskimi cenami jednostkowymi w danej części oferty (TER 10C) samo w sobie stanowi już czyn nieuczciwej konkurencji. Z powyższego jednoznacznie wynika, że zaoferowana cena przez Maldrobud nie jest ceną rynkową (a rażąco niską), a co więcej merytoryczna analiza prowadzi do wniosków o niezgodności z warunkami zamówienia – o czym dalej.

II. Niezgodność z warunkami zamówienia, zasadność odrzucenia oferty Maldrobud

Powyższe okoliczności niewątpliwie winny były skłonić Zamawiającego do przeprowadzenia badania ofert Wykonawców przez pryzmat ceny rażąco niskiej (zob. pkt III).

Niezależnie od tego – mając na względzie powyższą analizę, uwzględniając możliwość opracowania minimalnego poziomu kosztów, które powinni przyjąć wykonawcy z tytułu Zimowego Utrzymania Dróg – zasadne staje się twierdzenie, że wykonawca Maldrobud nie ujął w swojej ofercie wszystkich kosztów, które będzie musiał ponieść wraz z realizacją zadania. Prowadzi to do wniosku, że jego oferta powinna być odrzucona z uwagi na zaistnienie przesłanki, o której mowa w art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p., tj. niezgodność z warunkami zamówienia, na co poniżej wskazano.

W orzecznictwie KIO podkreśla się, że o niezgodności treści oferty z postanowieniami SWZ można mówić w przypadku **ominięcia pewnego zakresu świadczenia, zaoferowania odmiennego zakresu** lub braku jego dookreślenia w sposób umożliwiający ocenę, czy wykonawca złożył ofertę zgodną z oczekiwaniami zamawiającego. Izba podkreśliła, że nie ulega wątpliwości, że każdorazowo zawarte w ofercie wykonawcy zobowiązanie dotyczące zakresu przedmiotowego oraz sposobu realizacji przedmiotu zamówienia **jest elementem treści merytorycznej oferty** (zob. np. wyrok KIO z 9.09.2021 r., KIO 2520/21, LEX nr 3335139). W szerszym ujęciu za treść oferty należy uznać zakres zobowiązania wykonawcy, tj. zaoferowany przez wykonawcę zakres świadczenia – sposób realizacji przedmiotu umowy. Z takim właśnie przypadkiem polegającym na ominięciu pewnego zakresu świadczenia czy zaoferowania odmiennego zakresu mamy do czynienia w niniejszej sprawie, tj. cena ofertowa zaproponowana przez Maldrobud nie obejmuje wszystkich elementów składających się na przedmiot zamówienia – a co świadczy o braku zgodności z warunkami zamówienia.

Z powyższej analizy (zob. uzasadnienie pkt I) można wysnuć wniosek, że Maldrobud *de facto* nie uwzględnia wszystkich niezbędnych do prawidłowej realizacji zamówienia kosztów. W wyroku KIO, brak wyceny pozycji kosztorysu jest istotnym brakiem oświadczenia woli, niemieszczącym się w zakresie wyjaśnień, do których zamawiający może wzywać wykonawcę na podstawie wskazanej normy (zob. wyrok KIO z 21.10.2021 r., KIO 2771/21, LEX nr 3324894).

Nadto, w orzecznictwie KIO podkreśla się, że treść oferty wykonawcy musi w sposób niebudzący wątpliwości potwierdzać jej zgodność z warunkami zamówienia. Przykładowo, wskazuje się, że oferta niespełniająca merytorycznych wymagań określonych w SWZ podlega odrzuceniu i - z wyjątkami dotyczącymi poprawienia omyłek – nie może zostać na etapie badania ofert zmieniona, w celu doprowadzenia jej treści do zgodności z oczekiwaniami

zamawiającego (zob. wyrok KIO z 20.12.2021 r., KIO 3555/21, LEX nr 3285537) – a zatem tym bardziej na etapie późniejszym i postępowania odwoławczego przed KIO.

Wobec powyższego, na tle niniejszego stanu faktycznego i przeprowadzonej analizy, zauważyć należy, że uzasadnionym było zastosowanie art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p. Wynika to przede wszystkim z faktu merytorycznej (materialnej) wadliwości i niezgodności oferty w relacji do oczekiwań zamawiającego wyrażonych w warunkach zamówienia, w szczególności ww. zapisy. Na marginesie, w nawiązaniu do ww. warunków zamówienia (ujętych w szczególności w Szczegółowej Specyfikacji Technicznej), wskazać należy, że zapisy te mieszczą się w pojęciu „warunków zamówienia”. W art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p. ustawodawca określa, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Zamawiający dokonuje zatem oceny oferty pod względem jej zgodności z warunkami zamówienia. Dokonując analizy pkt 5 przez pryzmat definicji warunków zamówienia zawartej w art. 7 pkt 29 p.z.p., należy przyjąć, że treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia, jeżeli jest niezgodna z warunkami, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikającymi w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy o zamówienie publiczne. Warunki zamówienia wyznaczają nie tylko warunki udziału w postępowaniu i inne wymagania proceduralne oraz sam przebieg postępowania, lecz także przedmiot zamówienia, wymagania związane z jego realizacją oraz projektowane postanowienia umowy. Tak szeroko zdefiniowane warunki zamówienia korespondują z terminem „specyfikacja warunków zamówienia”, która jest dokumentem zamówienia obejmującym całość wymagań określonych przez zamawiającego (A. Gawrońska-Baran [w:] E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, A. Gawrońska-Baran, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2022, art. 7).

III. Obowiązek Zamawiającego weryfikacji ofert, zarzut rażąco niskiej ceny

Przepis art. 224 p.z.p. ma zapobiegać wybieraniu ofert, które nie dają pewności, że zamówienie zostanie wykonane i to bez uszczerbku dla jego jakości. Ma on stanowić ochronę przed nieuczciwymi praktykami wykonawców. Jednocześnie przepis chroni rzetelnych wykonawców, gdyż ułatwia eliminowanie z zamówień publicznych tych, którzy łamią zasady uczciwej konkurencji w zakresie ceny. Należy z podkreślić, że obowiązkiem zamawiającego podczas badania poziomu cenowego ofert wykonawców jest nie tylko matematyczne zestawienie ceny końcowej z referencyjnymi wartościami, o których mowa w art. 224 ust. 2 p.z.p. - tj. średnia arytmetyczna ofert, szacunkowa wartość zamówienia - ale również zbadanie ich istotnych elementów składowych. Zaistnienie podejrzenia występowania rażąco niskiej

ceny, kosztu lub istotnych części składowych generuje obowiązek („zamawiający żąda od wykonawcy”) przeprowadzenia przez zamawiającego procedury wyjaśniającej. **Tymczasem w niniejszym stanie faktycznym – mając na uwadze ww. kwestie (zob. pkt I powyżej) – nie sposób nie powziąć takich „wątpliwości”.** Przynajmniej w tym zakresie one z zestawienia kosztu wskazanego przez Maldrobud za usuwanie śliskości (15 zł) i odśnieżania z usuwaniem śliskości (35 zł) z poszczególnymi kosztami składowymi na te ceny jednostkowe (choćby zakup pisaku). Nadto, brak rynkowości wskazanych przez Maldrobud niniejszych cen jednostkowych jednoznacznie potwierdza chociażby zestawienie stawek zaproponowanych przez innych wykonawców – w analogicznych czynnościach. W nawiązaniu do powyższego, Odwołujący podkreśla – w ślad za wyrokiem KIO 31.05.2016 r., sygn. akt KIO 820/16: *”zwroty ”Wydaje się” czy ”budzi wątpliwości zamawiającego” są pojęciami nieostrymi i należy uznać, że celowo zostały te pojęcia wprowadzone przez ustawodawcę, by dać zamawiającym szerokie możliwości działania, z których winni korzystać w uzasadnionych sytuacjach, dla zapewnienia uczciwej konkurencji w postępowaniu oraz w celu wyboru wykonawcy, który za zaoferowaną cenę rzeczywiście może wykonać zamówienie w sposób zgodny z oczekiwaniami i wymogami zamawiającego. Jednocześnie należy wskazać, że przepis art. 90 ust. 1 p.z.p. nie może być odczytywany jedynie jako uprawnienie zamawiającego, nie podlegające kontroli. Przeciwnie, norma prawna zawarta w tym przepisie przewiduje obowiązek przeprowadzenia procedury wyjaśniającej, a tym samym zaniechanie tego obowiązku - gdy okoliczności sprawy wskazują o istnieniu uzasadnionych podstaw do zastosowania art. 90 ust. 1 p.z.p. - może być podnoszone w ramach środków ochrony prawnej. Należy przy tym dodać, że **przepis ten stanowi, że ”zamawiający zwraca się” o udzielenie wyjaśnień i złożenie dowodów, a nie, że ”zamawiający może zwrócić się”.** Ponadto, obowiązek przeprowadzenia procedury wyjaśniającej - gdy zachodzą do tego ustawowe przesłanki - wpisuje się w podstawową zasadę z art. 7 ust. 1 p.z.p., w postaci zapewnienia uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Dodatkowo, zgodnie z art. 7 ust. 3 p.z.p., zamówienie udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Również z tego przepisu można wyprowadzić obowiązek żądania od wykonawcy udowodnienia realności swojej ceny, gdy jej wysokość budzi uzasadnione wątpliwości. W ślad za powyższym, przykładowo Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 13 listopada 2017 r. stwierdza: „(...) nawet jeżeli cena całkowita oferty nie sprawia wrażenia rażąco niskiej, a w szczególności nie jest niższa o określony wskaźnik od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej innych ofert, ale cena (koszt) jednego lub kilku istotnych składników ceny (kosztu) oferty sprawia wrażenie rażąco niskiej, to zamawiający ma obowiązek zażądać od wykonawcy stosownych wyjaśnień”.* Podkreślić również trzeba, że norma zawarta w art. 224 stanowi generalną zasadę wskazującą na podstawę wystąpienia przez zamawiającego do wykonawcy z żądaniem udzielenia wyjaśnień

co do podejrzenia rażąco niskiej ceny lub kosztu. Wyjaśnianie ceny oferty lub ceny elementów oferty nie jest czynnością dokonywaną ze względów czysto formalnych, ale ma na celu **ochronę zamawiającego przed nienależytym wykonaniem zamówienia w przyszłości z powodu niedoszacowania ceny oferty przez wykonawcę** (zob. Wyrok KIO z 12.02.2021 r., KIO 131/21, LEX nr 3158054).

Weryfikacja oferty pod kątem realności ceny zaoferowanej przez danego wykonawcę i obowiązek odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia służy w szczególności temu, żeby eliminować z postępowania wykonawców niewiarygodnych i nierzetelnych z uwagi na proponowane przez nich nierealistyczne ceny. W związku z ryzykiem nieprawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia, które stanowi bezpośrednią konsekwencję skalkulowania ceny oferty na zaniżonym poziomie, ustawodawca przewidział przy tym mechanizmy weryfikacji prawidłowości złożonej oferty pod kątem zaoferowanej ceny, jak również sankcje na wypadek niewykazania jej realności. Mechanizmy te wdrożone zostały przez ustawodawcę poprzez dyspozycje art. 224 ust. 1 - ust. 3 p.z.p. Tymczasem brak weryfikacji i zaniechanie wezwania do wyjaśnień w niniejszym stanie faktycznym, mając na względzie wyżej przytoczone okoliczności – w szczególności argumentacja z pkt I) – świadczy o wyraźnym zaniechaniu po stronie Zamawiającego, a przez to naruszeniu ww. przepisów prawa.

Brak jest również wątpliwości co do „istotności” pozycji prac 10c. Jest to bowiem jeden z kluczowych elementów skupiających na sobie *de facto* meritum przedmiotu zamówienia, a zatem bieżącego utrzymania dróg. Jest to co więcej element wyodrębniony przez Zamawiającego i w stosunku do których Zamawiający oczekiwał podania w formularzu cenowym wynagrodzenia, obliczanego kosztorysowo i niezależnie. **Należy zwrócić uwagę również na udział wartościowy w całości wyceny ofertowej. Dodatkowo, mając na uwadze powyższą argumentację, w tym fakt, że wykonawca zaniża w stosunku do drugiej oferty cenę w TER 10 c o kwotę 3 877 800,00 zł** (a co tym samym przekłada się na całą wycenę), nie sposób kwestionować istotności tego elementu. Tymczasem odnośnie istotnych części składowych zamówienia stanowiących podstawę wezwania do wyjaśnień w doktrynie wskazuje, że za części istotne powinny być uznawane te części, których wartość znacząco wpływa na cenę a więc takie, które w znacznym stopniu przyczyniają się do powstania kosztów po stronie wykonawcy (tak W. Dzierżanowski - Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, art. 224.).

Nadto, nie sposób też kwestionować znaczenia merytorycznego prac 10 c Zimowego Utrzymania – które to chociażby na swój zakres (w tym odśnieżanie chodników, dróg rowerowych czy ciągów) ma bardzo istotne znaczenie ze względów bezpieczeństwa i zapewnienia codziennego użytkowania dróg przez pieszych czy kierowców. Tymczasem w wyroku KIO z 25.01.2022 r., KIO 69/22, LEX nr 3317706: *przez użyte w art. 224 ust. 1 p.z.p. sformułowanie "istotna część składowa zaoferowanej ceny" nie należy uznawać wyłącznie takiej części składowej ceny, która stanowi istotny ułamek ceny oferty, ale również część składową ceny oferty, będącą ceną (wynagrodzeniem) za wykonanie świadczenia, które ma istotne znaczenie merytoryczne.*

IV. Naruszenie zasad Prawa zamówień publicznych i czyn nieuczciwej konkurencji

Ponadto, Odwołujący wskazuje, że zasada zachowania uczciwej konkurencji, o której mowa w art. 16 ust. 1 ustawy p.z.p. oznacza zakaz podejmowania przez zamawiającego działań, które ograniczałyby w jakikolwiek sposób prawo rozpatrzenia oferty danej grupy wykonawców na takich samych zasadach, jak oferty innych wykonawców. Podobny cel służy zasadzie równego traktowania wykonawców, której egzemplifikację stanowi wymóg jednakowego traktowania ich w takich samych okolicznościach (i odpowiednio różnego traktowania wykonawców w różnych okolicznościach).

Zamawiający ma obowiązek przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający **zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców**, co oznacza, że jest on zobowiązany do stworzenia warunków do uczciwego konkurowania przez wykonawców o uzyskanie zamówienia, jak też do eliminowania zachowań sprzecznych z prawem lub etyką. Obowiązek przestrzegania zasady uczciwej konkurencji przez zamawiającego zarówno na etapie przygotowania, jak i prowadzenia postępowania znajduje wyraz w przepisach dotyczących poszczególnych instytucji i rozwiązań ustawowych (M. Stachowiak [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, art. 16).

Tymczasem Zamawiający zdaje się nie dostrzegać, że samo złożenie oferty z cenami jednostkowymi zaniżonymi w tak wysokim poziomie (zob. uzasadnienie pkt I), samo w sobie stanowi już czyn nieuczciwej konkurencji. W myśl art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2022 r. poz. 1233) czynem nieuczciwej

konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w jednym z wyroków: *Dobre obyczaje, na które się powołuje w cytowanym przepisie (art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji), wskazują na działanie, które może prowadzić do zniekształcenia określonych interesów i zachowań gospodarczych w przeciętnych warunkach praktyki rynkowej, które jednocześnie prowadzi do pogorszenia sytuacji innego przedsiębiorcy na tym konkurencyjnym rynku, poprzez naruszenie w tym zakresie jego interesu* (zob. Wyrok KIO z 17.11.2016 r., KIO 2091/16, LEX nr 2163261).

Idąc dalej, w wyniku działań Zamawiającego w niniejszym postępowaniu, w szczególności w postaci zaniechania odrzucenia oferty Maldrobud, a co nakazują przepisy ustawy p.z.p. (na co powyżej wskazano) Zamawiający uniemożliwił udzielenie Zamówienia innemu wykonawcy,

którego oferta nie podlega odrzuceniu. W związku z ryzykiem nieprawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia, które stanowi bezpośrednią konsekwencję skalkulowania ceny oferty na zaniżonym poziomie, ustawodawca przewidział przy tym mechanizmy weryfikacji prawidłowości złożonej oferty pod kątem zaofferowanej ceny, jak również sankcje na wypadek niewykazania jej realności – a z których to jednak instytucji nie skorzystał Zamawiający, a co potwierdza również naruszenie ww. zasad p.z.p. Takie zaniechania po stronie Zamawiającego świadczą również o braku zachowania obiektywizmu i bezstronności Zamawiającego, a co negatywnie wpływa na zachowanie **uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców**.

W nawiązaniu do powyższego, w orzecznictwie europejskim przyjęcie oferty niezgodnej z warunkami zamówienia uznaje się za naruszenie zasady równości (zob. wyrok TS z 22.06.1993 r., C-243/89, KOMISJA WSPÓLNOT EUROPEJSKICH v. KRÓLESTWO DANII, ECR 1993, nr 6, poz. I-3353). Przy czym podkreśla się, że w związku z nakazem zachowania przejrzystości, równego traktowania wykonawców oraz zachowania uczciwej konkurencji osoby występujące po stronie zamawiającego powinny być bezstronne i obiektywne w czasie przygotowania i prowadzenia postępowania. Wobec powyższego opisane wyżej działanie Zamawiającego w niniejszej sprawie wskazuje, że doszło do naruszenia przedmiotowych zasad.

Zamawiający jednocześnie nie dostrzega, że Maldrobud dokonując zniżenia cen jednostkowych - w zakresie grupy prac 10c - ustalające takowe na poziomie nierynkowym, nierealistycznym, nie gwarantującym realizacji zamówienia i zapewnienie bezpieczeństwa uczestnikom ruchu, narażając Zamawiającego na odpowiedzialność odszkodowawczą

doprowadził ukształtowania swojej oferty w sposób, który umożliwił Maldrobud uzyskanie nieuprawnionej przewagi rynkowej, a co stanowić powinno podstawę do odrzucenia jego oferty na podstawie 226 ust. 1 pkt 8 p.z.p.

Na naganność takiej inżynierii finansowej, którą należy traktować jako czyn nieuczciwej konkurencji, wskazała KIO w wyroku z 21 stycznia 2020 r. (KIO 2682/19), w którym uznała, że wykonawca który zawyża cenę za określony element zamówienia i zaniża inny element w celu osiągnięcia jak najwyższej rentowności zamówienia, niezależnie od tego iż konkuruje z innymi wykonawcami ceną całkowitą, wypełnia przesłanki określone w art. 3 ust. 1 ustawy ZNK. KIO wskazała, że wykonawca dopuścił się tzw. manipulacji ceną poprzez jej konstrukcję w sposób niezgodny z zasadami zawartymi w SIWZ. Manipulacja ceną w tym postępowaniu "znalazła odzwierciedlenie w cenie całkowitej oferty i miałyby bezpośrednie przełożenie na sposób rozliczenia umowy, wysokość kar umownych, czy ceny w przypadku rozszerzenia przedmiotu umowy", co świadczy o działaniu wykonawcy sprzecznie z dobrymi obyczajami. Tego typu działanie oznacza dążenie za wszelką cenę do uzyskania zamówienia publicznego i tym samym do wyeliminowania konkurencji poprzez stosowanie praktyk niezgodnych z uczciwą konkurencją i samo w sobie także wyczerpuje znamiona czynu nieuczciwej konkurencji z art. 3 ust. 1 ustawy ZNK. Przy czym, co należy ponownie podkreślić Przy czym o naruszeniu tego przepisu stanowi już samo ukierunkowanie działań na nieuczciwe praktyki i jak ma to miejsce w niniejszym postępowaniu dokonana przez Maldrobud manipulacja ceną oferty w zamiarze zwiększenia szans w uzyskanie zamówienia (tak wyrok KIO z 10.02.2022 r., KIO 192/22, LEX nr 3361895). Toteż działanie to powinno zostać w ten sposób ocenione bez względu na to, że w wyniku niniejszego postępowania, pod warunkiem prawidłowego jego przeprowadzenia Zamawiający, dokona odrzucenia oferty także na podstawie innych, ww. podstaw.

W konsekwencji Zamawiający naruszył również art. 16 pkt 1 i 2 p.z.p. poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Samo złożenie oferty przez Maldrobud z tak zaniżonymi cenami jednostkowymi stanowi już czyn nieuczciwej konkurencji. Nadto, Zamawiający dokonał nieobiektywnej oceny złożonych przez obu wskazanych wykonawców wyjaśnień rażąco niskiej ceny jak i istotnych części składowych, co doprowadziło do zaniechania odrzucenia oferty – która to zawierała rażąco niską cenę.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie z dnia 3 lutego 2023 r. wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający wskazał, że:

Odnosząc się merytorycznie do treści odwołania podkreślić należy, że treść i zakres zarzutu wyznaczają okoliczności faktyczne, w których Odwołujący upatruje niezgodność działania Zamawiającego z ustawą (por. wyrok z 4 czerwca 2020 r. KIO 500/20, ale też KIO 2036/18, KIO 162/17, KIO 179/17, KIO 35/17. Zarzuty odwołania dotyczą grypy prac zawartych w załączniku 10c i w tym zakresie wyłącznie, należy dokonać oceny zasadności zarzutów

Zaniechanie wezwania Maldrobud do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny;

Odwołujący wskazuje, jako okoliczność faktyczną, która w jego ocenie wadliwie została oceniona przez Zamawiającego a w konsekwencji nie uznanie, że zaoferowana przez Maldrobud cena jest rażąco niska jak również, że oferta tego wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia z tego powodu, że nie obejmuje wszystkich elementów składających się na przedmiot zamówienia, treść załącznika 10c – zimowe utrzymanie dróg w zakresie „usuwania śliskości(gdzie wykonawca przyjął stawkę 15zł” oraz „odśnieżanie wraz z usuwaniem śliskości(gdzie wykonawca przyjął stawkę 35zł. Również w treści uzasadniania wywód Odwołującego odnoszony jest do treści tego załącznika.

Zgodnie z art. 224 § 1. Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

Przepisy ustawy nie określają żadnych przesłanek uzasadniających konieczność wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w powyższym zakresie.

Przepis powyższy, zatem dotyczy dwóch stanów faktycznych:

1. Istotna część składowa ceny lub kosztu wydaje się być rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia

Lub

2. Istotna część składowa ceny lub kosztu budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia.

W każdym ze sformułowanych tu stanów faktycznych, w pierwszej kolejności należy zatem dokonać ustalenia, czy oceniana część składowa ma charakter części istotnej.

Dopiero w przypadku uzyskania odpowiedzi twierdzącej, Zamawiający, gdy cena ta wydaje się być rażąco niska lub budzi jego wątpliwości, może wezwać Wykonawcę do złożenia wyjaśnień na podstawie tego przepisu.

Odnosząc się zatem do zarzutów postawionych w odwołaniu, ocenić należy, czy koszt grupy prac wycenionych w tabeli 10c ma charakter istotnej części składowej ceny oferty. W piśmiennictwie jak i orzecznictwie utrwalonym jest, że pojęcie istotności ceny składowej lub kosztu interpretować jako istotność z punktu widzenia cenotwórczego. Zasadne jest zatem odnoszenie wartości danej części składowej do ceny ogólnej (wyrok KIO z 03.04.2017 KIO 519/17). Niektórzy z komentatorów odwołują się również do prawa Zamawiającego co do badania cen lub kosztu tych części składowych, które mają dla niego istotne znaczenie.

W niniejszej sprawie, stanu faktycznego nie można odnieść do żadnego z powyższych stanowisk. Całkowicie błędnym i sprzecznym z dokumentami przetargowymi jest twierdzenie Odwołującego, że pozycje prac 10c to „jednej z kluczowych elementów skupiających na sobie de facto meritum przedmiotu zamówienia”.

Kolejność wykonywania działań w pasie drogowym Zamawiający określił w pkt 5.3.5 SST na zimowe utrzymanie dróg krajowych. Drogi serwisowe, technologiczne, chodniki, drogi rowerowe i inne (zatem te elementy rozliczeniowe, które objęte są grupą prac z tabeli 10c) mają zostać odśnieżane w ostatniej kolejności i będą wykonywane dopiero na wyraźne polecenie zarządcy dróg krajowych. Wykonawca ma obowiązek odśnieżenia i posypania materiałami przeciwołedziowymi tych elementów drogi, w czasie 8 godzin od ustąpienia zjawiska, podczas gdy, zgodnie z Zarządzeniem nr 23 Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z dnia 04.10.2022 w sprawie standardów zimowego utrzymania, z jezdni i poboczy np. śnieg ma zostać usunięty do 4 godzina po ustaniu zjawiska a lodowica w ciągu 4 godzin od stwierdzenia wystąpienia zjawiska. Ponadto zauważyć należy iż prace grupy 10c stanowią podgrupę prac związanych z ZUD (obok grup 10a oraz 10b) co powtórnie świadczy o nienadrzędnym charakterze tych prac. Powyższe w sposób jednoznaczny przeczą twierdzeniu Odwołującego, że jest to kluczowy element zamówienia.

Dokonując oceny z punktu widzenia cenotwórczego, zauważyć należy, że nawet w ofercie Odwołującego koszt całej grupy prac z tabeli 10c to niespełna 6,9% wartości ceny ofertowej. Trudno zatem uznać, że wartość tych prac w sposób istotny wpływa na cenę całej oferty.

Mając na uwadze powyższe, uznać należy, że koszt prac objętych tabelą 10c nie ma charakteru istotnej części składowej ceny w rozumieniu art. 224 § 1 PZP

Niezależnie od powyższego podnoszę:

Użyte w tym przepisie sformułowanie „budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia” odwołuje się zatem do subiektywnej oceny Zamawiającego, mającej swe źródło w doświadczeniu nabytym przy udzielaniu tego typu zamówień czy znajomość cen obowiązujących na rynku. Oznacza to, że Zamawiający mając na uwadze powyższe okoliczności a przede wszystkim specyfikę zamówienia, dokonuje oceny pozyskanych ofert w aspekcie możliwości należytego wykonania umowy za podane w nich ceny i - w dopiero razie powzięcia w tym zakresie wątpliwości – występuje do wykonawców o wyjaśnienia tych cen.

Odwołujący stawia tezę iż ceny jednostkowe wyrażone w części 10 c formularza TER wyrażone w ofercie Maldrobudu są wątpliwe pod kątem ich realności i rynkowości. W ocenie Zamawiającego, teza ta, pogłębiona w dalszej części wywodem o kosztach roboczogodzin będących składową całości kosztów koniecznych do poniesienia w ramach realizacji usuwania śliskości oraz usuwania śliskości wraz z odśnieżaniem, oparta została na założeniach niewynikających z wymagań Zamawiającego zawartych w dokumentach przetargowych. Zamawiający nie zabrania oczywiście Wykonawcom dokonywania szacowania oferty według własnych założeń, ale sposób szacowania przyjęty przez Odwołującego nie jest tożsamy z koniecznością uznania, że ceny innych Wykonawców są rażąco niskie. W SST ZUD w punkcie 1.5.2. Zgodność prac z SST i innymi dokumentami wskazano bowiem, że świadczenie usług ZUD należy prowadzić zgodnie z „Wytocznymi zimowego utrzymania dróg” obowiązującymi w dniu podpisania umowy. W dokumencie tym, w punkcie 5.7.5, Zamawiający wskazuje iż odśnieżanie chodników należy prowadzić przede wszystkim z użyciem sprzętu specjalistycznego. Co wyklucza tym samym prowadzenie prac ręcznie. Należy przy tym podkreślić iż postawienie przez Zamawiającego wymogu prowadzenia odśnieżania chodników wyłącznie w sposób mechaniczny obejmuje w swoim zakresie także wymóg usuwania śliskości w sposób mechaniczny co podyktowane jest nierozdzielalnym charakterem obu czynności. Tak więc wykonawca dysponujący sprzętem mechanicznym do prowadzenia czynności odśnieżania wraz z usuwaniem i zapobieganiem śliskości w sposób oczywisty ma możliwość prowadzenia czynności usuwania śliskości na chodnikach, także w sposób mechaniczny co w sposób istotny wpływa na obniżenie kosztów jednostkowych takich prac oraz pozwala na zoptymalizowanie szeregu czynności związanych z zimowym utrzymaniem chodników.

W ocenie Zamawiającego, twierdzenie Odwołującego, że stawki z tytułu usuwania śliskości na poziomie 15 zł za km oraz 35 zł/km za usuwanie śliskości wraz z odśnieżaniem są nierealne i nierynkowe, wyprowadzone mogło zostać przy błędnie przyjętym założeniu prowadzenia tych prac ręcznie, co nie tylko wpływa istotnie na cenę, ale jest sprzeczne z wymaganiami Zamawiającego. Przy założeniu iż prowadzenie utrzymania zimowych chodników będzie dokonywane wyłącznie mechanicznie tj. z użyciem specjalistycznego sprzętu stawki zaproponowane przez Maldrobud okazują się być są realne i rynkowe i świadczą o potencjale i doświadczeniu Wykonawcy w tym zakresie oraz o konkurencyjności jego oferty.

Na etapie oceny ofert Zamawiający dokonał szacunkowej analizy kosztów w zakresie grupy 10c. W zakresie usuwania śliskości szacowany koszt zużycia materiałów wynosi ok 4 zł (3 złote koszt soli tj. poprzez wydatek soli minimum 5 gram/m² plus 1 złotych piasek).

Pozostała kwota ok. 11 zł/km przypada na koszt użycia małych pojazdów mechanicznych stanowiących nośniki posypywarek, szczotek oraz pługów. W zakresie odśnieżania zawierającego w sobie czynności usuwania śliskości szacowany analogiczny koszt zużycia materiałów wynosi ok 4 zł. Pozostała kwota ok. 31 zł / km przypada na koszt użycia małych pojazdów mechanicznych stanowiących nośniki posypywarek, szczotek mechanicznych oraz lemiesz pługów.

Zamawiający podkreśla iż wywóz śniegu z chodników zawarty jest także w części 10a i wyceniony jest przez Maldrobud na poziomie 300 zł/Mg, wyżej od Odwołującego (200 zł/Mg). Koszty personelu do obsługi sprzętu specjalistycznego zawarte są w Grupie 11 Zarządzanie Kontraktem. Zamawiający ponadto stwierdza iż stawki wykazane przez Odwołującego w części 10c TER są najwyższe w zestawieniu cen jednostkowych dla tej części zamówienia co potwierdza zestawienie cen dla części 10c wyrażone na stronie 11 odwołania. Wobec czego odnoszenie cen jednostkowych Maldrobudu wyłącznie do (najwyższych) cen Odwołującego wypacza obraz realnych uwarunkowań rynkowych w przedmiocie sporu.

Znacząco wyższa wycena kosztów prac w zakresie zimowego utrzymania chodników potwierdza błędne podejścia Odwołujące w zakresie kalkulacji – będących przedmiotem sporu - kosztów. Koszty usuwania śliskości zaproponowane przez pozostałych oferentów mieszczą się w przedziale 55 – 85 złotych, koszty usuwania śliskości wraz z odśnieżaniem mieszczą się w przedziale 85 – 95 złotych za kilometr. Zamawiający pragnie podkreślić iż wywód Odwołującego w postaci szacowania kosztów robocizny wyrażony na stronie 11 odwołania w postaci zaprezentowanego wyliczenia kosztów samej robocizny w formie iloczynu „24 x 24,68 złotych + dodatek nocny” prowadzi do stwierdzenia, iż sam Odwołujący (w świetle własnej

argumentacji) zaniżył koszty świadczenia przedmiotowych usług, gdyż stawki przezeń zaproponowane są znacznie niższe od stawki wynoszącej 591,60 złotych plus dodatek nocny.

Zamawiający na etapie analizy wycen cen jednostkowych w odniesieniu do oferty firmy Maldrobud, oceniając ich realność oraz rynkowość uwzględniał również inne aspekty istotne dla szacowania kosztów wykonania zamówienia, a w szczególności:

a. Uwarunkowania klimatyczne.

Rejon Lipiany położony jest w VI (najłżejszej strefie klimatycznej Polski. Jest to istotne w aspekcie wymaganych częstotliwości prowadzenia czynności utrzymania zimowego chodników w ciągu doby. Praktyka ostatnich lat wskazuje iż utrzymanie zimowe w przytłaczającej większości sprowadza się do konieczności prac jeden raz na dobę co wyklucza konieczność zwielokrotniania kosztów utrzymania chodników w ciągu doby (w praktyce wszystkie zlecane przypadki utrzymania zimowego chodników w Rejonie Lipiany dotyczą jednokrotnego wymogu prowadzenia tychże prac w ciągu doby)

b. Lokalizacja siedziby Wykonawcy

Siedziba Wykonawcy f-my Maldrobud położona jest centralnie w obszarze działania Rejonu Lipiany tj. w mieście Myślibórz co ma niewątpliwe przełożenie na skrócenie czasu reakcji i działania oraz kosztów z tym związanych. Położenie to znacznie bardziej korzystne względem siedzib Odwołującego oraz jego konsorcjanta.

c. Optymalizacja sposobu prowadzenia prac zimowego utrzymania chodników przez Wykonawcę Maldrobud.

Firma Maldrobud za wiedzą i zgodą Zamawiającego w wyniku wypracowania wieloletnich praktyk stosuje łączenie utrzymania jezdni w zakresie zapobiegania/usuwania śliskości z jednoczesnym prowadzeniem zapobiegania/usuwania śliskości na ciągach pieszych położonych tuż przy krawędzi jezdni poprzez kierowanie części strumienia posypu jezdni prowadzonego przez sprzęt ciężki drogowy, na powierzchnię ciągów pieszych i pieszorowerowych zlokalizowanych bezpośrednio przy krawędzi jezdni. Takie prowadzenie ww.

czynności pozwala ograniczyć koszty wyodrębnionego utrzymania chodników w zakresie tych powierzchni które bezpośrednio przylegają do jezdni. Zakres tych powierzchni stanowi około 60% powierzchni w Rejonie Lipiany całości powierzchni chodników oraz ścieżek pieszorowerowych.

Zamawiający podnosi, że Odwołujący pomija kwestię współdzielenie części kosztów jako części wspólnych dla różnych rodzajów prac i czynności. Przykładowo zarządzanie kontraktem stanowi część wspólną dla wszystkich grup prac wyszczególnionych w TER. W okresie zimowym zarządzanie kontraktem sprowadza się zasadniczo do prac zimowego utrzymania dróg. Część wspólna kosztów w tym zakresie dotyczy personelu obsługi, grup interwencyjnych, kosztów utrzymania gotowości. Ponadto część wspólna kosztów związanych z zarządzaniem kontraktem dotyczy składowania magazynowania załadunku materiałów sypkich co w szczególności dotyczy grup robót nr 10b oraz 10c. Powyższe uwarunkowania – pominięte w odwołaniu – wpływają na wycenę poszczególnych czynności ZUD pogrupowanych w częściach 10a 10b oraz 10c. Prawidłowa interpretacja takich powiązań pozwala na optymalizację i racjonalizację wycen poszczególnych prac w tym zimowego utrzymania chodników. Pominięcie w trakcie budowy formularza ofertowego ww. powiązań będzie w efekcie prowadzić do przeszacowania poszczególnych wycen jednostkowych, co zdaniem Zamawiającego mogło mieć w przypadku Odwołującego a co potwierdza treść uzasadnienia zawarta w odwołaniu.

Mając na uwadze powyższe, uznać należy, że ceny jednostkowe w zakresie grup prac wyszczególnionych w zał. 10c w ofercie Maldrobud nie zostały wycenione w taki sposób który w sposób negatywny wpłynie na należyte wykonanie umowy.

Zarzut niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia

W ocenie Odwołującego oferta Maldrobudu nie obejmuje wszystkich elementów składających się na przedmiot zamówienia, przy czym zarzut ten wyprowadzony został z oceny, że wycena oferty Maldrobudu w zakresie prac 10c, nie pokrywa poszczególnych minimalnych kosztów związanych z elementami składowymi.

W ocenie Zamawiającego Odwołujący podnosi dwa zarzuty, które wzajemnie się wykluczają, albo bowiem cena oferty Maldrobud w zakresie prac grupy 10c zawiera wszystkie pozycje z tej grupy, ale ceny tych pozycji są rażąco niskie, nierynkowe, albo nie zawiera wyceny wszystkich elementów grupy 10c.

Rację ma Odwołujący, że dokonując analizy art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 7 pkt 29 PZP należy przyjąć, że treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia, jeżeli jest niezgodna z warunkami, które dotyczą zamówienia, wynikającymi w szczególności z OPZ, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy o zamówienie publiczne.

Odwołujący jednak, poza ogólnymi zarzutami odnoszącymi się raczej do rynkowości ceny jednostkowej, nie wskazał w czym konkretnie upatruje istnienia niezgodności pomiędzy ofertą Maldrobudu z warunkami zamówienia, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi warunkami zamówienia.

Zarzut naruszenia zasady uczciwej konkurencji.

Odwołujący stawia zarzut nieodrzczenia oferty Maldrobudu, wskazując, że już złożenie oferty z cenami jednostkowymi zaniżonymi w tak wysokim poziomie stanowi samo w sobie czyn nieuczciwej konkurencji. Natomiast poprzez nieodrzczenie tej oferty Zamawiający „uniemożliwił udzielenie Zamówienia innemu wykonawcy, którego oferta nie podlega odrzuceniu”

Jednocześnie Odwołujący podnosi, że Zamawiający nie dostrzegł, że Maldrobud zaniżając ceny jednostkowe w zakresie grupy 10c, uzyskał nieuprawnioną przewagę rynkową i dopuścił się manipulacji cenowej. Zarzuca nadto Zamawiającemu, że Zamawiający dokonał nieobiektywnej oceny złożonych przez obu wskazanych wykonawców wyjaśnień rażąco niskiej ceny jak i istotnych części składowych, co doprowadziło do zaniechania odrzucenia oferty która zawiera rażąco nisko cenę”.

Również i ten zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Podtrzymując wszystkie powyższe twierdzenia i oceny, podnieść należy, że nawet wystąpienie w ofercie wykonawcy rażąco niskiej ceny nie może być traktowane automatycznie jako złożenie jej w warunkach nieuczciwej konkurencji (wyrok KIO z 29.06.2016 KIO 1066/16) Świadczy o tym chociażby przewidzenie w PZP odrębnych przesłanej odrzucenia oferty z tych tytułów. Jednocześnie Zamawiający zauważa, że w ostatniej swej części zarzut nie odnosi się do niniejszego postępowania, albowiem Zamawiający w tym postępowaniu nie mógł dokonywać oceny wyjaśnień wykonawców, co do rażąco niskiej ceny bo żaden z wykonawców takich wyjaśnień nie składał.

Stan faktyczny ustalony przez Izbę:

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 25 listopada 2022 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr pod numerem 2022/S 148-423956 w dniu 3 sierpnia 2022 r.

I. KIO 237/23:

W dniu 26 stycznia 2023 r. wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **BADER-DROG sp. z o. o., sp. k. z siedzibą w Łubowie, T. B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą "BADERA" Firma Produkcyjno - Handlowo - Usługowa T. B. z siedzibą w Dalachowie, BUDiA-Standard Spółka z o.o. z siedzibą w Oleśnicy** wnieśli odwołanie **na niezgodną z przepisami ustawy czynność/zaniechanie Zamawiającego polegającą na:**

– zaniechaniu wezwania do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny wykonawcy MALDROBUD sp. z o.o. sp. k., ul. Królewiecka 43, 74-300 Myślibórz, w dalszej kolejności – w przypadku niezłożenia wyjaśnień lub też braku wykazania, że cena zaoferowana nie jest rażąco niska – odrzucenia tych ofert oraz

niezależnie - co stanowi skutek dalej idący;

zaniechania uznania oferty złożonej przez wykonawcę MALDROBUD sp. z o.o. sp. k., ul. Królewiecka 43, 74-300 Myślibórz, za niezgodną z warunkami zamówienia (Specyfikacją Warunków Zamówienia), mimo że nie obejmuje ona wszystkich elementów składających się na przedmiot zamówienia (w zakresie Zimowego utrzymania dróg) i w konsekwencji, zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez tego Wykonawcę;

ewentualnie, tj. na wypadek, gdyby Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że niezasadne jest odrzucenie oferty z uwagi na niezgodność z warunkami zamówienia:

– nieuzasadnionego wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez MALDROBUD sp. z o.o. sp. k. 74-300 Myślibórz ul. Królewiecka 43, w sytuacji, w której oferta tego wykonawcy, w tym jej istotne części składowe, jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości, co do możliwości jej wykonania;

ewentualnie, na wypadek, gdyby Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że niezasadne jest odrzucenie oferty w oparciu o powyższą podstawę:

– zaniechania wezwania do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny wykonawcy MALDROBUD sp. z o.o. sp. k., ul. Królewiecka 43, 74-300 Myślibórz, w dalszej kolejności – w przypadku niezłożenia wyjaśnień lub też braku wykazania, że cena zaoferowana nie jest rażąco niska – odrzucenia tych ofert;

– nieuzasadnionym wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez MALDROBUD sp. z o.o. sp. k., ul. Królewiecka 43, 74-300 Myślibórz;

– które to czynności zostały podjęte w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Całoroczne (bieżące i zimowe) utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Szczecinie”, numer referencyjny: GDDKiA O.Sz.D-3.2421.49.2022 (część 1 – obejmująca całoroczne (bieżące i zimowe) utrzymanie dróg krajowych obejmującej utrzymanie dróg krajowych Rejonu Lipiany) – a o czym Odwołujący dowiedział się z pisma z dnia 16 stycznia 2023 r.

Zaskarżonym czynnościom Zamawiającego Odwołujący zarzucił naruszenie następujących przepisów, tj.:

- 1. art. 224 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 p.z.p.** poprzez zaniechanie wezwania MALDROBUD sp. z o.o. sp. k. do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, pomimo iż istotne części składowe oferty tego Wykonawcy wydają się być rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia, tj. w zakresie grupy prac 10c – Zimowe Utrzymanie Dróg – tak co do „usuwania śliskości” (gdzie wykonawca przyjął stawkę 15 zł), jak i „odśnieżania wraz z usuwaniem śliskości” (gdzie wykonawca przyjął stawkę 35 zł) – a które to kwoty rodzą wątpliwości pod kątem ich realności i rynkowości, w szczególności mając na względzie, że są to kwoty 9-krotnie niższe od ceny drugiego wykonawcy ubiegającego się o zamówienie w części I, a co więcej – mając na względzie składowe niniejszych cen jednostkowych – wątpliwym jest, czy Wykonawca jest w stanie wykonać wszystkie prace wchodzące w skład „usuwania śliskości” i „odśnieżania wraz z usuwaniem śliskości” mieszcząc się w tych cenach jednostkowych – a co winno skutkować wezwaniem do wyjaśnień, następnie – o ile Wykonawca nie złożyłby wyjaśnień w tym zakresie lub też okazałyby się one niewystarczające – odrzuceniem oferty tego wykonawcy, czego jednak Zamawiający zaniechał, a co doprowadziło do wyboru oferty MALDROBUD sp. z o.o. sp. k. jako najkorzystniejszej oraz zaniechania odrzucenia jego oferty. Należy dodać, że rażąco niski charakter cen jednostkowych wynika także z zaniżenia cen w zakresie ofert MALDROBUD sp. z o.o. sp. k. w obrębie ofert składanych na różne części postępowania (w części IV MALDROBUD sp. z o.o. sp. k. przyjął stawkę 5 zł, zaś dla cz. 1 – 15 zł dla ww. poz. „usuwania śliskości”, podobnie w części IV MALDROBUD sp. z o.o. sp. k. przyjął stawkę 10 zł, zaś dla cz. 1 – 35 zł ww. poz. „odśnieżania wraz z usuwaniem śliskości”).

2. **art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p.** poprzez wybór oferty złożonej przez MALDROBUD sp. z o.o. sp. k. jako najkorzystniejszej w Postępowaniu, pomimo że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, w tym Szczegółową Specyfikacją Techniczną w szczególności w zakresie pkt 1.3. i 1.4.36, 14.21 SST – gdyż nie obejmuje ona wszystkich elementów składających się na przedmiot zamówienia, na co wskazuje wycena wykonawcy MALDROBUD sp. z o.o. sp. k. w zakresie grupy prac nr 10c, tj. w zakresie grupy prac 10c – Zimowe Utrzymanie Dróg – tak co do „usuwania śliskości” – która to wycena nie pokrywa poszczególnych minimalnych kosztów związanych z jej elementami składowymi, a przez co czyni ofertę merytorycznie wadliwą;

a w konsekwencji

3. **art. 16 ust. 1 i 2 p.z.p.**, poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości. W sytuacji, gdy MALDROBUD sp. z o.o. sp. k. dokonując zaniżenia cen jednostkowych - w zakresie grupy prac 10c - ustalające takowe na poziomie nierynkowym, nierealistycznym (co stanowi podstawę dla zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 p.z.p.) doprowadził ukształtowania swojej oferty w sposób, który umożliwił MALDROBUD sp. z o.o. sp. k. uzyskanie nieuprawnionej przewagi rynkowej, a co stanowić powinno podstawę do odrzucenia jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 p.z.p., a co jednocześnie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2022 r. poz. 1233). Przy czym o naruszeniu tego przepisu stanowi już samo ukierunkowanie działań na nieuczciwe praktyki i jak ma to miejsce w niniejszym postępowaniu dokonana przez MALDROBUD sp. z o.o. sp. k. manipulacja ceną oferty w zamiarze zwiększenia szans w uzyskanie zamówienia (tak wyrok KIO z 10.02.2022 r., KIO 192/22, LEX nr 3361895). Jakkolwiek wynika to także z samego zaniżenia cen w zakresie ofert MALDROBUD sp. z o.o. sp. k. w obrębie ofert składanych na różne części postępowania (w części IV MALDROBUD sp. z o.o. sp. k. przyjął stawkę 5 zł, zaś dla cz. 1 – 15 zł dla ww. poz. „usuwania śliskości”, podobnie w części IV MALDROBUD sp. z o.o. sp. k. przyjął stawkę 10 zł, zaś dla cz. 1 – 35 zł ww. poz. „odśnieżania wraz z usuwaniem śliskości”).

W wyniku wniesionego odwołania przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **BADER-DROG sp. z o. o., sp. k. z siedzibą w Łubowie, T. B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą "BADERA" Firma Produkcyjno - Handlowo -**

Usługowa T. B. z siedzibą w Dalachowie, BUDI-A-Standard Spółka z o.o. z siedzibą w Oleśnicy, Zamawiający pismem z dnia 3 lutego 2023 r. wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego skutecznie przystąpił wykonawca **Maldrobud Sp. z o.o. Sp.k z siedzibą w Myślibórz**, ul. Królewiecka 43, 74-300 Myślibórz.

Izba stwierdziła, że ww. wykonawca zgłosił przystąpienie do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść zamawiającego.

Przystępujący pismem wniesionym do Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 lutego 2023 r. (pismo z dnia 6 lutego 2023 r.) wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Stan prawny ustalony przez Izbę:

Zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy PZP, Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy PZP, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
- 2) przejrzysty.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

II. KIO 239/23:

Zamawiający - Skarb Państwa - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Szczecinie - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, pn.: „Całoroczne (bieżące i zimowe) utrzymanie dróg krajowych

zarządzanych przez Generalną Dyрекcyję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Szczecinie”, numer referencyjny: GDDKiA O.Sz.D-3.2421.49.2022; (część 4 – obejmująca całoroczne (bieżące i zimowe) utrzymanie dróg krajowych obejmującej utrzymanie dróg krajowych Rejonu Stargard). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2022/S 148-423956 w dniu 3 sierpnia 2022 r.

W dniu 26 stycznia 2023 r. wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **BADER-DROG sp. z o. o., sp. k. z siedzibą w Łubowie, T. B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą "BADERA" Firma Produkcyjno - Handlowo - Usługowa T. B. z siedzibą w Dalachowie, BUDI-A-Standard Spółka z o.o. z siedzibą w Oleśnicy** wnieśli odwołanie na niezgodną z przepisami ustawy czynność/zaniechanie Zamawiającego polegającą na:

– zaniechaniu wezwania do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny wykonawcy MALDROBUD sp. z o.o. sp. k., ul. Królewiecka 43, 74-300 Myślibórz, w dalszej kolejności – w przypadku niezłożenia wyjaśnień lub też braku wykazania, że cena zaoferowana nie jest rażąco niska – odrzucenia tych ofert oraz

niezależnie - co stanowi skutek dalej idący;

zaniechania uznania oferty złożonej przez wykonawcę MALDROBUD sp. z o.o. sp. k., ul. Królewiecka 43, 74-300 Myślibórz, za niezgodną z warunkami zamówienia (Specyfikacją Warunków Zamówienia), mimo że nie obejmuje ona wszystkich elementów składających się na przedmiot zamówienia (w zakresie Zimowego utrzymania dróg) i w konsekwencji, zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez tego Wykonawcę;

ewentualnie, tj. na wypadek, gdyby Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że niezasadne jest odrzucenie oferty z uwagi na niezgodność z warunkami zamówienia:

– nieuzasadnionego wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez MALDROBUD sp. z o.o. sp. k. 74-300 Myślibórz ul. Królewiecka 43, w sytuacji, w której oferta tego wykonawcy, w tym jej istotne części składowe, jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości, co do możliwości jej wykonania;

ewentualnie, na wypadek, gdyby Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że niezasadne jest odrzucenie oferty w oparciu o powyższą podstawę:

– zaniechania wezwania do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny wykonawcy MALDROBUD sp. z o.o. sp. k., ul. Królewiecka 43, 74-300 Myślibórz, w dalszej kolejności – w

przypadku niezłożenia wyjaśnień lub też braku wykazania, że cena zaoferowana nie jest rażąco niska – odrzucenia tych ofert;

– nieuzasadnionym wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez MALDROBUD sp. z o.o. sp. k., ul. Królewiecka 43, 74-300 Myślibórz;

– które to czynności zostały podjęte w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Całoroczne (bieżące i zimowe) utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Szczecinie”, numer referencyjny: GDDKiA O.Sz.D-3.2421.49.2022 (część 4 – obejmująca całoroczne (bieżące i zimowe) utrzymanie dróg krajowych obejmującej utrzymanie dróg krajowych Rejonu Stargard) – a o czym Odwołujący dowiedział się z pisma z dnia 16 stycznia 2023 r.

Zaskarżonym czynnościom Zamawiającego zarzucam naruszenie następujących przepisów, tj.:

- 1. art. 224 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 p.z.p.** poprzez zaniechanie wezwania MALDROBUD sp. z o.o. sp. k. do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, pomimo iż istotne części składowe oferty tego Wykonawcy wydają się być rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia, tj. w zakresie grupy prac 10c – Zimowe Utrzymanie Dróg – tak co do „usuwania śliskości” (gdzie wykonawca przyjął stawkę 5 zł w zakresie poz. 1.1 – 1.5.), jak i „odśnieżania wraz z usuwaniem śliskości” (gdzie wykonawca przyjął stawkę 10 zł w zakresie poz. 1.1-1.5.) a także dla pozycji „drogi serwisowe” (gdzie wykonawca przyjął stawkę 2 zł dla czynności usuwania śliskości i 5 zł dla „odśnieżania wraz z usuwaniem śliskości”) – a które to kwoty rodzą wątpliwości pod kątem ich realności i rynkowości, w szczególności mając na względzie, że są to kwoty co najmniej 9-krotnie niższe od ceny drugiego wykonawcy ubiegającego się o zamówienie w części IV, a co więcej – mając na względzie składowe niniejszych cen jednostkowych – wątpliwym jest, czy Wykonawca jest w stanie wykonać wszystkie prace wchodzące w skład „usuwania śliskości” i „odśnieżania wraz z usuwaniem śliskości” mieszcząc się w tych cenach jednostkowych – a co winno skutkować wezwaniem do wyjaśnień, następnie – o ile Wykonawca nie złożyłby wyjaśnień w tym zakresie lub też okazałyby się one niewystarczające – odrzuceniem oferty tego wykonawcy, czego jednak Zamawiający zaniechał, a co doprowadziło do wyboru oferty MALDROBUD sp. z o.o. sp. k. jako najkorzystniejszej oraz zaniechania odrzucenia jego oferty. Należy dodać, że rażąco niski charakter cen jednostkowych wynika także z zaniżenia cen

w zakresie ofert MALDROBUD sp. z o.o. sp. k. w obrębie ofert składanych na różne części postępowania (w części IV MALDROBUD sp. z o.o. sp. k. przyjął stawkę 5 zł, zaś dla cz. 1 – 15 zł dla ww. poz. „usuwania śliskości”, podobnie w części IV MALDROBUD sp. z o.o. sp. k. przyjął stawkę 10 zł, zaś dla cz. 1 – 35 zł ww. poz. „odśnieżania wraz z usuwaniem śliskości”).

2. **art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p.** poprzez wybór oferty złożonej przez MALDROBUD sp. z o.o. sp. k. jako najkorzystniejszej w Postępowaniu, pomimo że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, w tym Szczegółową Specyfikacją Techniczną w szczególności w zakresie pkt 1.3. i 1.4.36, 14.21 SST – gdyż nie obejmuje ona wszystkich elementów składających się na przedmiot zamówienia, na co wskazuje wycena wykonawcy MALDROBUD sp. z o.o. sp. k. w zakresie grupy prac nr 10c, tj. w zakresie grupy prac 10c – Zimowe Utrzymanie Dróg – tak co do „usuwania śliskości” – która to wycena nie pokrywa poszczególnych minimalnych kosztów związanych z jej elementami składowymi, a przez co czyni ofertę merytorycznie wadliwą;

a w konsekwencji

3. **art. 16 ust. 1 i 2 p.z.p.**, poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości. W sytuacji, gdy MALDROBUD sp. z o.o. sp. k. dokonując zaniżenia cen jednostkowych - w zakresie grupy prac 10c - ustalające takowe na poziomie nierynkowym, nierealistycznym (co stanowi podstawę dla zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 p.z.p.) doprowadził ukształtowania swojej oferty w sposób, który umożliwił MALDROBUD sp. z o.o. sp. k. uzyskanie nieuprawnionej przewagi rynkowej, a co stanowić powinno podstawę do odrzucenia jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 p.z.p., a co jednocześnie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2022 r. poz. 1233). Przy czym o naruszeniu tego przepisu stanowi już samo ukierunkowanie działań na nieuczciwe praktyki i jak ma to miejsce w niniejszym postępowaniu dokonana przez MALDROBUD sp. z o.o. sp. k. manipulacja ceną oferty w zamiarze zwiększenia szans w uzyskanie zamówienia (tak wyrok KIO z 10.02.2022 r., KIO 192/22, LEX nr 3361895). Jakkolwiek wynika to także z samego zaniżenia cen w zakresie ofert MALDROBUD sp. z o.o. sp. k. w obrębie ofert składanych na różne części postępowania (w części IV

MALDROBUD sp. z o.o. sp. k. przyjął stawkę 5 zł, zaś dla cz. 1 – 15 zł dla ww. poz. „usuwania śliskości”, podobnie w części IV MALDROBUD sp. z o.o. sp. k. przyjął stawkę 10 zł, zaś dla cz. 1 – 35 zł ww. poz. „odśnieżania wraz z usuwaniem śliskości”).

Odwołujący wnosił o:

- I. uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu:
 - unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej – dla części 4, obejmująca całoroczne (bieżące i zimowe) utrzymanie dróg krajowych obejmującej utrzymanie dróg krajowych Rejonu Stargard;
 - odrzucenie oferty złożonej przez MALDROBUD sp. z o.o. sp. k., ul. Królewiecka 43, 74-300 Myślibórz, z uwagi na zastosowanie przez tego Wykonawcę inżynierii finansowej, kreującą nieuczciwą przewagę, i której treść także przez to nie odpowiada przedmiotowi zamówienia (warunkom zamówienia);

ewentualnie tj. na wypadek, gdyby Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że niezasadne jest odrzucenie oferty w oparciu o powyższą podstawę:

- wezwanie wykonawcy MALDROBUD sp. z o.o. sp. k., ul. Królewiecka 43, 74- 300 Myślibórz, do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, w tym istotnych części składowych ofert;
 - powtórzenie czynności badania i oceny ofert w postępowaniu;
- II. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika na podstawie faktury VAT i spisu kosztów przedstawionych na rozprawie, zgodnie z § 5 pkt 2 lit. a-b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Jednocześnie, wnoszę o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z następujących dokumentów:

- Tabeli nr 1. Tabela elementów rozliczeniowych (10c - Zimowe utrzymanie dróg) - porównanie stawek jednostkowych,

- Tabeli nr 2. Tabela elementów rozliczeniowych (10c - Zimowe utrzymanie dróg) - porównanie poszczególnych cen jednostkowych wykonawców a ceny jednostkowe Maldrobud;
- Tabeli nr 3. Porównanie przykładowe stawek „usuwanie śliskości” i „odśnieżanie wraz z usuwaniem śliskości” - I,
- Tabeli nr 4. Porównanie przykładowe stawek „usuwanie śliskości” i „odśnieżanie wraz z usuwaniem śliskości” – II,
- Tabeli nr 5. Porównanie „usuwanie śliskości” i „odśnieżanie wraz z usuwaniem śliskości” – ceny Maldrobud a kosztorys inwestorski,
- Wykresu nr 1. Porównanie Maldrobug a średnia arytmetyczna,
- Kosztorysu inwestorskiego (w dokumentacji postępowania),
na okoliczność wykazania następujących faktów, tj. każdorazowo powołanych w treści odwołania, w szczególności 1) braku uwzględnienia poszczególnych elementów zamówienia przez wykonawcę MALDROBUD sp. z o.o. sp. k., ul. Królewiecka 43, 74- 300 Myślibórz; 2), wysokości cen rynkowych i kosztów składających się na przedmiot zamówienia, w tym TER 10C; 3) porównania cen podanych przez Maldrobud do cen innych wykonawców, do cen rynkowych, do średniej arytmetycznej oraz do cen wskazanych przez Zamawiającego w kosztorysie inwestorskim.

Odwołujący wskazał, że:

a. Stan faktyczny

W ramach zamówienia publicznego pn.: „Całoroczne (bieżące i zimowe) utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Szczecinie”, numer referencyjny: GDDKiA O.Sz.D-3.2421.49.2022 (część 4 – obejmująca całoroczne (bieżące i zimowe) utrzymanie dróg krajowych obejmującej utrzymanie dróg krajowych Rejonu Stargard), w którym to postępowaniu Zamawiającym jest Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad (prowadzący postępowanie: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Szczecinie), za najkorzystniejszą została wybrana oferta złożona przez wykonawcę: „MALDROBUD” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa ul. Królewiecka 43, 74-300 Myślibórz (dalej jako „Maldrobud”). W uzasadnieniu wskazano, że Wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, a jego oferta nie podlega odrzuceniu oraz otrzymała najwyższą liczbę punktów obliczoną zgodnie z SWZ, Tom I, pkt. 21 IDW.

Przedmiotowa informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty została sporządzona w dniu 16 stycznia 2023 r. Jednocześnie, należy wskazać, że na drugim miejscu w zestawieniu złożonych ofert uplasował się Odwołujący, tj. Konsorcjum firm: 1) BADER-DROG sp. z o. o., sp. k. – Lider Konsorcjum, 2) "BADERA" Firma Produkcyjno - Handlowo - Usługowa T. B. – Partner Konsorcjum, 3) BUDiA-Standard Spółka z o.o. – Partner Konsorcjum.

W świetle przedstawionych przez Odwołującego zarzutów, czynność Zamawiającego nie może zostać uznana za prawidłową, a to z następujących, szczegółowo wskazanych względów.

b. Uzasadnienie prawne

Oferta złożona przez wykonawcę Maldrobud została niesłusznie uznana za najkorzystniejszą ofertę w Postępowaniu, jak również niesłusznie została uznana za prawidłowe pod kątem merytorycznym i wyliczeniowym – co zostanie rozwinięte w dalszej części odwołania. Zamawiający dokonując badania i oceny ofert, a w konsekwencji wyboru Maldrobud dopuścił się szeregu błędów i naruszeń przepisów Prawa Zamówień publicznych, w szczególności zaniechał dokładnego zbadania oferty wykonawcy Maldrobud.

Przede wszystkim należy wskazać, że oferta Wykonawcy Maldrobud nie obejmuje pełnego zakresu, który wyceniony powinien zostać w ramach Zimowego Utrzymania Dróg. Ponadto cena zaoferowana przez Maldrobud nosi znamiona ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia, a przez co budzi wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentacji postępowania – w szczególności pod kątem wspomnianych istotnych części składowych oferty – Grupy prac nr 10c.

I. Oferta wykonawcy MALDROBUD sp. z o.o. sp. k. a ocena pod kątem rażąco niskiej ceny

Odwołujący wskazuje, że oferta Wykonawcy Maldrobud jest niewiarygodnie niska w zakresie wyceny pozycji grupy prac nr 10c - Zimowe utrzymanie dróg i budzi daleko idące wątpliwości, co do prawidłowości kalkulacji ceny ofertowej, jak również co do realności uwzględnienia w swojej wycenie wszystkich elementów wymaganych przez Zamawiającego w dokumentacji zamówienia. Tymczasem Zamawiający nie tylko zaniechał odrzucenia oferty Maldrobud, ale nawet zaniechał wezwania do wyjaśnień w trybie art. 224 p.z.p.

1) **Czynności ZUD prace 10c, koszty składowe**

Jako punkt wyjścia wskazać trzeba na samo rozumienie pojęcia „usuwania śliskości” i „ośnieżania wraz z usuwaniem śliskości”, wskazane przez Zamawiającego w Szczegółowej Specyfikacji Technicznej Zamówienia w zakresie prac TER 10C (dalej jako „SST”). I tak:

Zgodnie z zapisem 1.3. SST:

(...)

W ramach zimowego utrzymania dróg Wykonawca zrealizuje poniższe czynności:

- a. *odśnieżanie (m. in. dróg, zatok, skrzyżowań, chodników i dróg rowerowych) - usuwanie śniegu z wszystkich elementów drogi: jezdni, poboczy, chodników i dróg rowerowych, parkingów, zatok autobusowych wraz z peronem, obiektów inżynierskich, przejść podziemnych, przełączek, pasów włączenia i wyłączenia, azyli, kładek dla pieszych itp.*
- b. *usuwanie nawiewów śnieżnych z oznakowania pionowego, pachotków, elementów odblaskowych na poręczach oraz innych urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego;*
- c. *posypywanie i polewanie substancjami przeciwdziałającymi śliskości - zwalczanie śliskości zimowej m.in. na drogach, parkingach, chodnikach i drogach rowerowych, kładkach dla pieszych, obiektach inżynierskich, na peronach zatok autobusowych (poprzez zapobieganie śliskości i usuwanie śliskości);*
- d. *prowadzenie całodobowych dyżurów zimowych;*
- e. ***zakup materiałów do przeciwdziałania i zwalczania śliskości (w tym m.in. chlorek sodu, chlorek wapnia, chlorek magnezu, piasek), w tym także czynności związane z transportem i składowaniem;***
- f. *prace związane z transportem i rozładowaniem ww. materiałów z pojazdów i rozlokowaniem ich w magazynach soli;*
- g. *wykonanie solanek w wytwornicach solanki, mieszanek piaskowo-solnych;*
- h. *załadowanie materiałów uszorstniających i środków chemicznych na pługosolarki, solanek (tankowanie do zbiorników) i mieszanek piaskowo-solnych na nośniki*

ZUD;

- i. na polecenie Zamawiającego **wywóz śniegu i lodu (załadunek, transport, rozładunek i składowanie)** z jezdni, chodników i dróg rowerowych, obiektów inżynierskich;

(...)

Jednocześnie zwrócić należy uwagę na same definicje składowych w TER 10C:

- 1.4.36. SST **Usuwanie śliskości zimowej** - usunięcie z nawierzchni drogi, chodników, parkingów i obiektów mostowych lodu lub zlodowaciałego śniegu przez posypanie drogi środkami chemicznymi lub materiałami uszorstniającymi.

(...)

- 1.4.21. SST **Odśnieżanie** – usunięcie zalegającego jezdnię, pobocza, chodniki i obiekty mostowe opadu śniegu i błota pośniegowego.

Kolejno, w zapisie 5.3 odnoszącym się do fazy II, również ujęto poszczególne czynności mieszczące się w TER 10c, tj.:

W ramach prac wykonywanych w etapie II Wykonawca realizować będzie:

- *prowadzenie dyżurów ZUD wraz z dokumentowaniem pracy sprzętu,*
- *zapewnienie gotowości czynnej lub biernej – w zależności od panujących oraz prognozowanych warunków atmosferycznych,*
- *zwalczanie śliskości zimowej oraz skutków innych niekorzystnych zjawisk atmosferycznych występujących w sezonie zimowym na wszystkich elementach drogi poprzez zapobieganie śliskości i usuwanie śliskości;*
- *odśnieżanie, tj. usuwanie śniegu oraz błota pośniegowego ze wszystkich elementów drogi: jezdni, poboczy, chodników i dróg rowerowych, dojazdów do kładek, skrzyżowań, zatok autobusowych i postojowych, pasów włączania/wyłączania, dróg zbiorczych i serwisowych, azyli, parkingów, obiektów inżynierskich, miejsc do ważenia pojazdów;*
- *odśnieżanie dróg w przypadku wystąpienia utrudnień w ruchu drogowym przy wykorzystaniu sprzętu ciężkiego (równiarki, ładowarki, koparko – ładowarki itp.);*

W powyższych zapisów Szczegółowej Specyfikacji Technicznej wyraźnie wynika, że Zamawiający szczegółowo uregulował kwestie ujęte w TER 10C, przykładowo do usuwania śliskości oraz odśnieżania wraz z usuwaniem śliskości takich elementów jak chodniki, drogi rowerowe czy ciągi pieszo-rowerowe. Podkreślić również należy, że już chociażby analiza ww. zapisów pozwala na wyodrębnienie poszczególnych kosztów składających się na ceny jednostkowe w tych pozycjach - szczególnie 1.3. i 1.4.36, 14.21 SST. Sam Zamawiający wskazał przykładowo na koszty: *zakup materiałów do przeciwdziałania i zwalczania śliskości (w tym m.in. chlorek sodu, chlorek wapnia, chlorek magnezu, piasek)*, koszty związane z *transportem i rozładowaniem ww. materiałów z pojazdów i rozładowaniem ich w magazynach soli* czy też *koszt wywozu śniegu i lodu (załadunek, transport, rozładunek i składowanie)* z jezdni, chodników i dróg rowerowych, obiektów inżynierskich (o czym dalej).

W nawiązaniu do powyższego należy wskazać również na wytyczne, co do których w warunkach zamówienia odwołuje się sam Zamawiający. Zgodnie z ust. 5.7.5. Zarządzenia Nr 31 Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z dnia 5 września 2017 r. w sprawie wprowadzenia "Wytycznych zimowego utrzymania dróg" (Dz. Urz. GDDKiA z 2017 r. poz. 31):

*Technika odśnieżania chodników, peronów przy zatokach autobusowych i ścieżek rowerowych jest uzależniona od ich długości, szerokości oraz rodzaju i ilości śniegu. Do odśnieżania tego typu elementów drogi należy **używać przede wszystkim sprzętu specjalistycznego przeznaczonego do tego celu oraz pługów, szczotek mechanicznych i odśnieżarek prowadzonych ręcznie**. Niedopuszczalne jest odkładanie śniegu z chodników i ścieżek rowerowych na jezdnię. Stosowanie dużych nośników uzależnione jest od nośności i szerokości dróg.*

Podkreślić należy, że cena jednostkowa za kilometr na dobę musi uwzględniać koszty wykonania w danej dobie rozliczeniowej wszystkich czynności ZUD, jak również wielokrotność wykonania czynności (tak związanych z usuwaniem, jak i odśnieżaniem wraz z usuwaniem śliskości – zob. ww. definicje) w ciągu danej doby.

Zgodnie z 9.1. SST: (...) *Pozycje kosztorysowe:*

- *gotowość do zud,*
- *zapobieganie śliskości,*
- *zwalczanie śliskości,*
- *odśnieżanie wraz z usuwaniem śliskości,*

*muszą uwzględniać koszty wykonania w danej dobie rozliczeniowej **wszystkich czynności***

ZUD oraz ich krotkości.

Nadto, podkreślić trzeba, że wykonawca obowiązany jest do utrzymania standardu ZUD i podjęcia stosownych działań.

Powyższego nie uwzględnia wykonawca Maldrobud – tak co do konieczności uwzględnienia krotkości, jak i wszystkich czynności.

Po pierwsze, odnosząc się do samych kosztów pracowniczych podkreślić należy, że wykonawca Maldrobud nie jest w stanie pokryć już samych kosztów pracowniczych (tak co do usuwania śliskości, jak i odśnieżania wraz z usuwaniem śliskości).

W pierwszej kolejności wskazać należy, że zgodnie z 3.4. SST: (...) *Wykonawca oddeleguje do wykonywania czynności określonych przez SST taką liczbę pracowników by proces zimowego utrzymania mógł być realizowany w systemie ciągłym 24 godz./dobę we wszystkie dni tygodnia, przy uwzględnieniu ograniczeń czasu pracy pracowników zgodnie z kodeksem pracy.*

Nie dopuszcza się prowadzenia akcji zimowej dla innych podmiotów (w tym innych zarządców dróg), przy pomocy tych samych pracowników.

Dalej, w ślad za Zamawiającym, powołać należy się na Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 13 września 2022 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2023 r. (Dz. U. poz. 1952):

§ 1. Od dnia 1 stycznia 2023 r. ustala się minimalne wynagrodzenie za pracę w wysokości 3490 zł.

§ 2. Od dnia 1 stycznia 2023 r. ustala się minimalną stawkę godzinową w wysokości 22,80 zł.

§ 3. Od dnia 1 lipca 2023 r. ustala się minimalne wynagrodzenie za pracę w wysokości 3600 zł.

§ 4. Od dnia 1 lipca 2023 r. ustala się minimalną stawkę godzinową w wysokości 23,50 zł.

Dla pensji minimalnej 3490 zł brutto, łączny koszt pracodawcy wynosi 4204,75 zł.

Średnia stawka godzinowa przy założeniu wykonywania pracy (nawet bez założenia, że pracownik wykonuje pracę w godzinach nocnych oraz bez dodatku świątecznego) dla minimalnego wynagrodzenia tj. 160 godzin/m-c wynosi: 26,28 zł/ godz. pracy (tj. powyżej zaproponowanej przez Maldrobud - 15 zł).

Mając powyższe na uwadze wskazać w tym miejscu należy, że wykonawca kalkulując

ofertę musiał zakładać także, że Zamawiający w ramach realizacji zamówienia, zleci mu czynność usuwania śliskości na odcinku 24 km w wymiarze dobowym, a co daje 24km/dobę, tj. 1 km/h. Wówczas, wykonawca otrzyma od zamawiającego wynagrodzenie – przyjmując wartość Maldrobud – w kwocie 15 zł/h (15 zł x 24 h), a co nawet nie pokryje kosztów chociażby jednego pracownika, którego to wykonawca będzie musiał zatrudnić do danej czynności – zgodnie z przepisami powszechnie obowiązującymi (a zatem 26,28 zł/godz., tj. 24x26,28 zł +dodatek nocny/dobę). Nie będzie to oczywiście możliwe, gdyż zaproponowana stawka 15 zł przy uwzględnieniu wynagrodzenia pracownika na poziomie minimalnym - 26,28 zł, nie pozwala na realizację w zakresie określonym przedmiotem zamówienia. Przy czym podkreślić należy, że z analizy zarówno cen jednostkowych innych wykonawców, jak i samego Zamawiającego, kosztorysu inwestorskiego, wynika, że koniecznym jest uwzględnienie takiej możliwości. Żaden z wykonawców (oprócz Maldrobud), jak również sam Zamawiający (w kosztorysie inwestorskim) – nie wskazuje stawki, która to jest niższa od ww. stawki minimalnego wynagrodzenia.

Nadto należy wskazać, że w przypadku użycia sprzętu – ciągnika do odśnieżania, jego załadunku istnieje konieczność wykonania prac pomocniczych, które będą wymagać zaangażowania kolejnych osób. Także wykonanie prac w sposób zmechanizowany oraz realizacji prac ręcznych w miejscach trudno dostępnych - przy znakach drogowych, barierach - nie jest możliwe bez zaangażowania pracowników fizycznych, niezależnie od operatora.

Co więcej, należy mieć przy tym na względzie, że każdy z pracowników będzie nie tylko wykonywać czynności związane z samą likwidacją śliskości, ale konieczne jest powierzenie prac ściśle z nimi związanych m.in.: transportem (przy czym może dojść do sytuacji, gdy wykonawca musi dojechać do jednego odcinka z miejsca oddalonego) i rozładowaniem materiałów z pojazdów, rozłokowaniem, załadowaniem materiałów. Powierzone prace mogą wymagać w zależności od potrzeb Zamawiającego zmiany miejsca wykonania. Zakładając zakres zamówienia, konieczność przemieszczania się pomiędzy miejscowościami, utrzymania standardu zimowego utrzymania, możliwość zlecenia przez Zamawiającego realizacji usług w oddalonych od siebie obszarach - jednocześnie - co nakazuje przewidywać konieczność zaangażowania więcej niż jednej brygady, założenia przyjęte przez Maldrobud, nie uwzględniające wynagrodzenia nawet jednego pracownika – są nierealne. W wymiarze dobowym, w którym mają zostać powierzone prace, nie pozwalają one na zagwarantowanie pracy nawet przez jednego pracownika, wykonywującego pracę w oparciu o stawkę minimalną, w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia wymaga konieczności przewidywania zaangażowania pracowników w zakresie znacząco przekraczającym wymiar jednego etatu.

Mając powyższe na uwadze należy stwierdzić, że na podstawie samych unormowań ustawowych założona przez Maldrobud wartość jest niemożliwa do uznania, jako realna. Co więcej, jest niezgodna z ww. Rozporządzeniem o stawce minimalnej.

Po drugie, należy w tym miejscu wskazać, że w ramach wyliczeń stawek w poz. 10c, trzeba uwzględnić – oprócz kosztów pracowniczych – następujące przykładowe koszty:

- koszty materiału;
- koszty związane z transportem (w tym koszty paliwa, eksploatacji, amortyzacji)
- opłaty za przejazd;
- koszty sprzętów;
- zwiększenie dawki materiału do posypywania.

Tymczasem Maldrobud w swojej ofercie wskazał w pozycji Odśnieżanie wraz z usuwaniem śliskości stawkę 5 zł, zaś w pozycji Usuwanie śliskości 10 zł – co jest w istocie stawką nierealną, a co więcej – potwierdza niezgodność z warunkami zamówienia (w tym SST i wyżej wskazanymi zapisami) – koszty te zostały pominięte.

W powyższym względzie wskazania wymaga, że zakresie pozycji – drogi serwisowe jeszcze szerszej jest widoczna nierealność zaproponowanej ceny. W tej pozycji elementami kształtującymi koszt będzie zakup soli, co przy najniższej nawet cenie tego materiału, pokazuje absurdalność założeń cenowych przyjętych przez Maldrobud. Przypomnieć należy, że w ramach usuwania śliskości wykonawca ten zaproponował cenę na poziomie 2 zł/km w ramach usuwania śliskości i 5 zł/km w ramach zimowego utrzymania dróg.

Sam piasek (bez soli) będzie pokrywał niemal w całości tę wartość. Zakładając:

- 1) najniższą wartość rynkową piasku na poziomie 58,00 zł netto / tona;
- 2) zużycie piasku na 1 km - 30 kg (przy gramaturze posypu 30g/m²) koszt zużycia piasku na 1 km to 1,74 zł.

Koszt samego najtańszego elementu – bez soli, której wartość kilkakrotnie przewyższa wartość piasku pokrywa zakładany koszt przez Maldrobud. Toteż niemożliwe jest, aby przy zakładanej przez tego wykonawcę cenie możliwe było wykonanie usługi, która zakłada przecież zakup soli, koszty pracy, maszyn, transportu i amortyzacji.

2) Analiza porównawcza oferta wykonawcy i wskazane ceny jednostkowe w TER

10C – a warunki zamówienia i nierynkowość ceny

Zaferowana cena przez Maldrobud (ceny co do pozycji „usuwanie śliskości” oraz „odśnieżanie wraz z usuwaniem śliskości”) należy uznać za ceny nierynkowe, a co więcej merytoryczna analiza prowadzi do wniosków o niezgodności z warunkami zamówienia.

Przede wszystkim Odwołujący pragnie wskazać, że wątpliwości co do przedmiotowych cen wynikają chociażby z zestawienia kosztu wskazanego przez Maldrobud za usuwanie śliskości (15 zł) i odśnieżania z usuwaniem śliskości (35 zł) z poszczególnymi kosztami składowymi na te ceny jednostkowe (np. zakup pisaku). Nie jest bowiem możliwe wykonanie zamówienia zgodnie z warunkami (w tym ww. zapisami SST) – przy przyjęciu cen jednostkowych Maldrobud, który to zdaje się nie uwzględniać całego zakresu prac w tych pozycjach – a co świadczy o merytorycznej wadliwości oferty. Nadto, brak rynekowości wskazanych przez Maldrobud niniejszych cen jednostkowych jednoznacznie potwierdza chociażby zestawienie stawek zaproponowanych przez innych wykonawców – w analogicznych czynnościach. Poniżej Odwołujący pragnie przedstawić analizę porównawczą, z której to jednoocześnie wynika, że Maldrobud nie uwzględnia całego zakresu prac w tych pozycjach, a wskazane przez Maldrobud ceny nie są rynekowe.

Po pierwsze, Odwołujący pragnie przedstawić porównanie cen jednostkowych złożonych ofert w postępowaniu w zakresie rozważanej części IV - Tabela elementów rozliczeniowych 10c - Zimowe utrzymanie dróg (usuwanie śliskości i odśnieżanie z usuwaniem śliskości). Z poniższych tabeli wynika, że ceny jednostkowe Maldrobud są (odpowiednio: usuwanie śliskości - chodniki, drogi rowerowe, ciągi pieszo/ odśnieżanie wraz z usuwaniem śliskości - chodniki, drogi rowerowe, ciągi pieszo/ usuwanie śliskości - drogi serwisowe/ odśnieżanie wraz z usuwaniem śliskości - drogi serwisowe):

- **11,11-krotnie / 11,21-krotnie/12,14-krotnie/9,36-krotnie niższe - od oferty Saferoad Grawil;**
- **17-krotnie / 9,5-krotnie/42,5-krotnie/19- krotnie niższe - od oferty Zaberd;**
- **40-krotnie / 30-krotnie/40-krotnie/30-krotnie niższe - od oferty Konsorcjum Baderdrog;**

Tabela nr 1. Tabela elementów rozliczeniowych (10c - Zimowe utrzymanie dróg) - porównanie stawek jednostkowych (**przy czym tożsama tabela została dołączona jako dowód do niniejszego odwołania*)

Nr	Nr drogi	Element pasa drogowego	długość elementu pasa drogowego w km	OFERTA MALDROBUD		OFERTA BADER-DROG		OFERTA SAFEROAD		OFERTA ZABERD	
				Usunięcie śliskości	Odśnieżanie wraz z usuwaniem śliskości	Usunięcie śliskości	Odśnieżanie wraz z usuwaniem śliskości	Usunięcie śliskości	Odśnieżanie wraz z usuwaniem śliskości	Usunięcie śliskości	Odśnieżanie wraz z usuwaniem śliskości
				cena jedn. netto [km/dobę]	cena jedn. netto [km/dobę]	cena jedn. netto [km/dobę]	cena jedn. netto [km/dobę]	cena jedn. netto [km/dobę]	cena jedn. netto [km/dobę]	cena jedn. netto [km/dobę]	cena jedn. netto [km/dobę]
1.1	S10, 10, 20	chodniki przy jezdni	8,549	5,00	10,00	200,00	300,00	55,55	112,11	85,00	95,00
1.2	S10, 10, 20	chodniki odsunięte od jezdni	29,178	5,00	10,00	200,00	300,00	55,55	112,11	85,00	95,00
1.3	20	drogi rowerowe przy jezdni	0,550	5,00	10,00	200,00	300,00	55,55	112,11	85,00	95,00
	S10, 10, 20	drogi rowerowe odsunięte od jezdni	6,531	5,00	10,00	200,00	300,00	55,55	112,11	85,00	95,00
1.4	..	ciągi pieszo - rowerowe przy jezdni									
1.5	10, 20	ciągi pieszo - rowerowe odsunięte	4,505	5,00	10,00	200,00	300,00	55,55	112,11	85,00	95,00

1.6	S10, 20	drogi serwisowe	9,420	2,00	5,00	80,00	150,00	24,27	46,81	85,00	95,00
1.7	..	drogi technologiczne									

Tabela nr 2. Tabela elementów rozliczeniowych (10c - Zimowe utrzymanie dróg) - porównanie poszczególnych cen jednostkowych wykonawców a ceny jednostkowe

Maldrobud (*przy czym tożsama tabela została dołączona jako dowód do niniejszego odwołania)

Element pasa drogowego	OFERTA BADER-DROG		OFERTA SAFEROAD		OFERTA ZABERD	
	Usuwanie śliskości	Odśnieżanie wraz z usuwaniem śliskości	Usuwanie śliskości	Odśnieżanie wraz z usuwaniem śliskości	Usuwanie śliskości	Odśnieżanie wraz z usuwaniem śliskości
chodniki przy jezdni	4000%	3000%	1111%	1121%	1700%	950%
chodniki odsunięte od jezdni	4000%	3000%	1111%	1121%	1700%	950%
drogi rowerowe przy jezdni	4000%	3000%	1111%	1121%	1700%	950%
drogi rowerowe odsunięte od jezdni	4000%	3000%	1111%	1121%	1700%	950%
ciągi pieszo - rowerowe przy jezdni	x	x	x	x	x	x
ciągi pieszo - rowerowe odsunięte	4000%	3000%	1111%	1121%	1700%	950%
drogi serwisowe	4000%	3000%	1214%	936%	4250%	1900%

Już chociażby z ww. porównania wynika, że cena zaoferowana przez Maldrobud w znaczący sposób odbiega od cen w niniejszym postępowaniu i cen rynkowych. Na zasadność dokonania analogicznego porównania przez Zamawiającego podczas oceny ofert zwraca uwagę Krajowa Izba Odwoławcza. Porównanie cen jednostkowych stanowiących podstawę ustalenia odrębnego wynagrodzenia za poszczególne usługi wchodzące w zakres przedmiotu zamówienia, w niniejszym postępowaniu ustalanych kosztorysowo – na podstawie tabeli 10c

- Zimowe utrzymanie dróg – wyodrębnionych przez Zamawiającego i w stosunku do których Zamawiający oczekiwał podania w formularzu cenowym stanowi podstawę dla ustalenia rynkowego charakteru ceny. Jak wskazuje się w orzecznictwie ceny składowe

lub ceny jednostkowe mogą być badane w zakresie rażąco niskiej ceny, w sytuacji kiedy mogą zaważyć na należyтым wykonaniu przyszłej umowy. Regulację dotyczące rażąco niskiej ceny mają na celu zabezpieczenie zamawiającego, przed koniecznością zawierania umowy z wykonawcą oferującym cenę na tyle niską, iż wątpliwym wydaje się, że wykonawca ten wykona umowę, ewentualnie, iż wykona ją należycie. Nie jest przy tym wykluczona możliwość popełnienia przez danego wykonawcę czynu nieuczciwej konkurencji w zakresie cen składowych i ich wzajemnej relacji (KIO 488/18 - wyrok KIO z dnia 28 marca 2018 r.).

Badanie ofert pod kątem rażąco niskiej ceny należy zatem odnieść również do cen jednostkowych, czy istotnych pojedynczych elementów kształtujących cenę oferty. Zatem o rażąco niskiej cenie można również mówić, gdy rażąco niskie okażą się jedynie pewne ceny jednostkowe, czy pewne ceny za poszczególne pojedyncze prace, niezależnie czy przekładają się na rażąco niską cenę w odniesieniu do całego zamówienia. Istotne jest zatem, aby była to cena taka, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby nieopłacalne. Przy czym musi to być cena rażąco niska w stosunku do konkretnego przedmiotu zamówienia, uwzględniającego specyfikę rynku, w którym poszczególne ceny jednostkowe są kształtowane wobec innych wykonawców.

Po drugie, wskazać również należy, że brak uwzględnienia wszystkich składowych w pozycji 10 C przez Maldrobud czy też nierynkowość cen znajduje również potwierdzenie w porównaniu cen Maldrobud z formularzami ofertowymi innych wykonawców i wskazanych w nich stawkach za czynności usuwania śliskości czy też odśnieżania wraz z usuwaniem śliskości – w zakresie tego samego zamówienia publicznego, w innych częściach zamówienia. Egzemplifikując, w zakresie części I (w której to również została wybrana oferta Maldrobud, a przy której w kalkulacji przyjął on wyższe stawki w zakresie elementów TER 10 c), ceny innych wykonawców zostały określone na następującym poziomie:

- I. „usuwanie śliskości” (ceny jednostkowe) - chodniki, drogi rowerowe, ciągi pieszo
 - Zaberd Sp. z o.o.: **85,00 zł**;
 - Saferoad Grawil Sp. z o.o.: **55,55 zł**;podczas gdy Maldrobud w niniejszej ofercie wskazał cenę jedynie **5,00 zł (!)**.

- II. „odśnieżanie wraz z usuwaniem śliskości” (ceny jednostkowe) - chodniki, drogi rowerowe, ciągi pieszo:
 - Zaberd Sp. z o.o.: 95,00 zł;
 - Saferoad Grawil Sp. z o.o.: 85,00 zł;

podczas gdy Maldrobud w niniejszej ofercie wskazał cenę jedynie **10,00 zł** (!).

Z kolei jeśli chodzi o drogi serwisowe:

III. „usuwanie śliskości” (ceny jednostkowe) - chodniki, drogi rowerowe, ciągi pieszo

- Zaberd Sp. z o.o.: **85,00 zł**;
- Saferoad Grawil Sp. z o.o.: **24,27 zł**;

podczas gdy Maldrobud w niniejszej ofercie wskazał cenę jedynie **5,00 zł** (!).

IV. „odśnieżanie wraz z usuwaniem śliskości” (ceny jednostkowe) - chodniki, drogi rowerowe, ciągi pieszo:

- Zaberd Sp. z o.o.: **95,00 zł**;
- Saferoad Grawil Sp. z o.o.: **46,81 zł**;

podczas gdy Maldrobud w niniejszej ofercie wskazał cenę jedynie **10,00 zł** (!).

Poniżej Odwołujący przedstawia tabelę z wykresem, które to obrazują dokładniej poziom, w jakim cena Maldrobud odbiega o innych – występujących w tym samym zamówieniu publicznym, w tożsamyh pozycjach.

Tabela nr 3. Porównanie przykładowe stawek „usuwanie śliskości” i „odśnieżanie wraz z usuwaniem śliskości” - I

(*przy czym tożsama tabela została dołączona jako dowód do niniejszego odwołania)

	A	B	C	D	E	F	G
czynność ZUD	Maldrobud (w cz. IV)	Konsorcjum Baderdrog	Saferoad Grawil Sp. z o.o.	Zaberd Sp. z o.o.	Średnia wszystkich (A-D)	Średnia (poz E) - cena Meldrobud	średnia/cena oferty Maldobud (%)
usuwanie śliskości (1.1-1.3;1.5)	5,00	200,00	55,55	85,00	86,39	81,39	1728%
odśnieżanie wraz z usuwaniem śliskości (1.1-1.3;1.5)	10,00	300,00	85,00	95,00	122,50	112,50	1225%

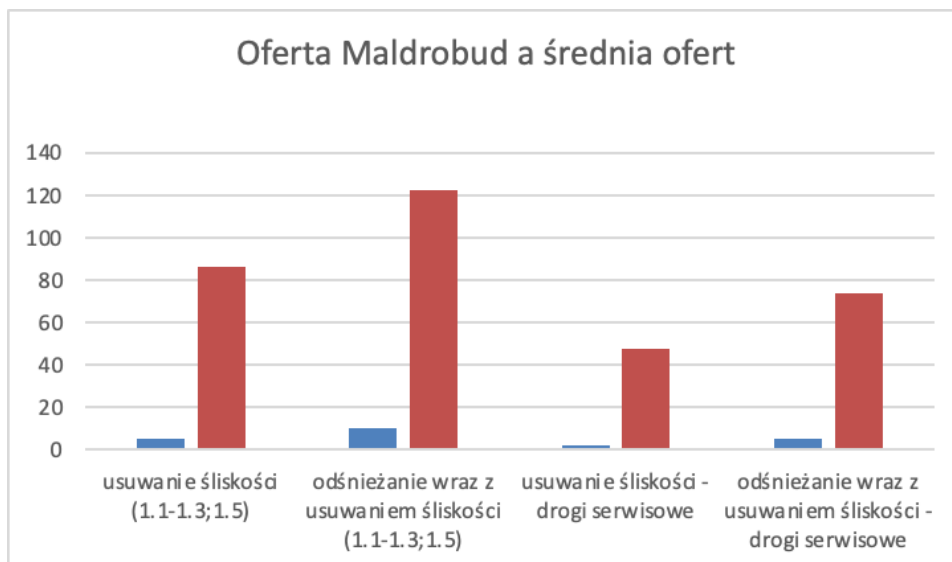
usuwanie śliskości - drogi serwisowe	2	80	24,27	85,00	47,82	45,82	2391%
odśnieżanie wraz z usuwaniem śliskości - drogi serwisowe	5	150	46,81	95,00	74,20	69,20	1484%

Wobec tego, oferta Maldrobud jest odpowiednio niższa aż:

- **17,28-krotnie;**
- **12,25 -krotnie;**
- **23,91 -krotnie;**
- **14,84 -krotnie;**

od średniej arytmetycznej w odniesieniu do ww. cen jednostkowych.

Wykres 1. Porównanie Maldrodrug a średnia arytmetyczna (**przy czym tożsamy wykres został dołączony jako dowód do niniejszego odwołania*)



Nadto, gdyby z ww. zestawienia i otrzymanej średniej usunąć nierynkową cenę – tj. zaoferowaną przez Maldrobud – poziomy, w jakim cena w pozycji „usuwania śliskości” i

„odśnieżanie wraz z usuwaniem śliskości” byłaby zaniżona w jeszcze wyższym stopniu (nawet ponad 30-krotnie). Obrazuje to poniższa tabela nr 4.

Tabela nr 4. Porównanie przykładowe stawek „usuwanie śliskości” i „odśnieżanie wraz z usuwaniem śliskości” - II (*przy czym tożsama tabela została dołączona jako dowód do niniejszego odwołania)

	A	B	C	D	E		G
czynność ZUD	Maldrobu d (w cz. IV)	Konsorcju m Baderdro g	Saferoad Grawil Sp. z o.o.	Zaberd Sp. z o.o.	Średnia wszystkich bez oferty Maldrobu d (B-D)	Średnia (poz E) - cena Meldrobu d	średnia/cena oferty Magbud

usuwanie śliskości (1.1-1.3;1.5)	5,00	150,00	55,55	85,00	96,85	91,85	19,37
odśnieżanie wraz z usuwaniem śliskości (1.1-1.3;1.5)	10,00	300,00	85,00	95,00	160,00	150,00	16,00
usuwanie śliskości - drogi serwisowe	2	80	24,27	85,00	63,09	61,09	31,55
odśnieżanie wraz z usuwaniem śliskości - drogi serwisowe	5	150	46,81	95,00	97,27	92,27	19,45

Na zasadność dokonania analogicznego porównania przez Zamawiającego podczas oceny ofert zwraca uwagę Krajowa Izba Odwoławcza. Przykładowo, w jednym z wyroków: *punktem odniesienia do kwalifikacji ceny jako rażąco niskiej mogą być w szczególności: (...), ceny zaoferowane przez innych wykonawców, ceny rynkowe przedmiotu zamówienia* (Wyrok

KIO z 11.05.2010 r., KIO/UZP 661/10, LEX nr 584117).

Przyjmuje się, że cena rażąco niska to taka, która jest nierealistyczna, nie pozwala na należyte wykonanie przedmiotu zamówienia, nie uwzględnia jego specyfiki, jak też jest ceną nierynkową, tj. **nie występuje na danym rynku**, na którym ceny wyznaczone są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym (zob. wyrok KIO z 26.04.2022 r., KIO 953/22, LEX nr 3399614).

Jednocześnie, podkreślić trzeba, że Izba zwraca uwagę na konieczność dokonywania oceny różnic cenowych pomiędzy ofertami poszczególnych wykonawców w sposób zobiektywizowany: *„Powyższy przepis nie określa sztywnych reguł wyznaczających obowiązek wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień (tak jak ma to miejsce w przypadku art. 90 ust. 1a ustawy Pzp), a uzależnia skierowanie wezwania do wyjaśnień od istnienia wątpliwości, co do realności ceny lub jej istotnych części składowych. Wystąpienie takich wątpliwości powinno być oceniane w sposób zobiektywizowany, a nie wyłącznie przez pryzmat subiektywnego przeświadczenia zamawiającego. Oznacza to, że ocena, czy istnieją wątpliwości co do realności ceny, powinna być dokonywana z uwzględnieniem czynników obiektywnych i wymaga odpowiedzi na pytanie, czy oceniając zaoferowane ceny racjonalnie, z uwzględnieniem realiów rynkowych, należy dojść do wniosku, że cena jest na tyle niska, że uzasadnione jest uzyskanie dodatkowych informacji, które pozwolą stwierdzić, czy jest to usprawiedliwione okolicznościami, w których działa dany wykonawca. Jeżeli takie obiektywnie uzasadnione wątpliwości zachodzą, wezwanie do złożenia wyjaśnień jest obowiązkiem Zamawiającego, a zaniechanie realizacji tego obowiązku stanowi naruszenie przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp (zob. wyrok KIO z dnia 24 lipca 2020 r., sygn. KIO 1289/20).*

Po trzecie, Odwołujący poniżej obrazuje również zestawienie stawek wskazanych przez Maldrobud w zestawieniu z kosztorysem inwestorskim. Podkreślić trzeba, że Maldrobud proponuje za usuwanie śliskości stawkę jednostkową zaledwie 15 zł – podczas gdy sam Zamawiający wskazał stawkę 50 zł. Z kolei w pozycji Odśnieżanie wraz z usuwaniem śliskości, Maldrobud wskazał stawkę 35 zł, gdy sam Zamawiający podał kwotę 80 zł. Z porównania tego wynika, że:

- „usuwanie śliskości” – cena Maldrobud jest **3,33-krotnie** niższa podana w kosztorysie inwestorskim;
- „odśnieżanie wraz z usuwaniem śliskości” – cena Maldrobud jest **2,29-krotnie** niższa aniżeli podana w kosztorysie inwestorskim;

Tymczasem nawet tak duże rozbieżności pomiędzy cenami jednostkowymi Maldrobud – a podanymi przez samego Zamawiającego, nie tylko nie spowodowały odrzucenia oferty, ale nawet nie wywołały po stronie Zamawiającego reakcji w postaci wezwania do wyjaśnień (art. 224 p.z.p.).

Tabela nr 5. Porównanie „usuwanie śliskości” i „odśnieżanie wraz z usuwaniem śliskości” – ceny Maldrobud a kosztorys inwestorski

Nr	Nr drogi	Element pasadrogowego	długość elementu pasadrogowego w km	OFERTA MALDROBUD		Kosztorys inwestorski		Kosztorys a oferta Maldobud	
				Usuwanie śliskości	Odśnieżanie wraz z usuwaniem śliskości	Usuwanie śliskości	Odśnieżanie wraz z usuwaniem śliskości	Usuwanie śliskości	Odśnieżanie wraz z usuwaniem śliskości
				cena jedn. netto [km/dobę]	cena jedn. netto [km/dobę]	cena jedn. netto [km/dobę]	cena jedn. netto [km/dobę]	cena jedn. netto [km/dobę]	cena jedn. netto [km/dobę]
1.1	S10, 10, 20	chodniki	8,549	5,00	10,00	50,00 zł	80,00 zł	10,00	8,00

		przy jezdni							
1.2	S10, 10, 20	chodniki odsunięte od jezdni	29,178	5,00	10,00	50,00	80,00	10,00	8,00
1.3	20	drogi rowerowe przy jezdni	0,550	5,00	10,00	50,00	80,00	10,00	8,00

	S10, 10, 20	drogi rower owe odsun ięte od jezdni	6,531	5,00	10,00	50,00	80,00	10,00	8,00
1.4	..	ciągi piesz o - rower owe przy jezdni						x	x
1.5	10, 20	ciągi piesz o - rower owe odsun ięte	4,505	5,00	10,00	50,00	80,00	10,00	8,00
1.6	S10, 20	drogi serwi sowe	9,420	2,00	5,00	50,00	80,00	25,00	16,00

Należy podkreślić stopie odbiegania od cen rynkowych , co obrazuje chociażby porównanie do średniej arytmetycznej - tj. ceny Maldrobud obiegają od średniej innych ofert w ww. cenach odpowiednio: 17,28-krotnie (usuwanie śliskości 1.1-1.3;1.5) 12,25 – krotnie (odśnieżanie wraz z usuwaniem śliskości 1.1-1.3;1.5); 23,91 –krotnie (usuwanie śliskości - drogi serwisowe); 14,84 –krotnie (odśnieżanie wraz z usuwaniem śliskości - drogi serwisowe). Szczególnie w zakresie poz. drogi serwisowe 1.6. – cena jest niższa nawet 23,91- krotnie od ceny innych wykonawców), a co świadczy o wadliwości oferty Maldrobud.

Niemniej jednak, nie doprowadziło ani do odrzucenia oferty z uwagi na niezgodności z warunkami zamówienia, ani nawet do wezwania do złożenia wyjaśnień RNC – a co jest działaniem sprzecznym z przepisami p.z.p. Nadto, złożenie oferty z tak niskimi cenami jednostkowymi w danej części oferty (TER 10C) samo w sobie stanowi już czyn nieuczciwej konkurencji. Z powyższego jednoznacznie wynika, że zaoferowana cena przez Maldrobud nie jest ceną rynkową (a rażąco niską), a co więcej merytoryczna analiza prowadzi do wniosków o niezgodności z warunkami zamówienia – o czym dalej.

II. Niezgodność z warunkami zamówienia, zasadność odrzucenia

oferty Maldrobud

Powyższe okoliczności niewątpliwie winny były skłonić Zamawiającego do przeprowadzenia badania ofert Wykonawców przez pryzmat ceny rażąco niskiej (zob. pkt III).

Niezależnie od tego – mając na względzie powyższą analizę, uwzględniając możliwość opracowania minimalnego poziomu kosztów, które powinni przyjąć wykonawcy z tytułu Zimowego Utrzymania Dróg – zasadne staje się twierdzenie, że wykonawca Maldrobud nie ujął w swojej ofercie wszystkich kosztów, które będzie musiał ponieść wraz z realizacją zadania. Prowadzi to do wniosku, że jego oferta powinna była zostać odrzucona z uwagi na zaistnienie przesłanki, o której mowa w art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p., tj. niezgodność z warunkami zamówienia, na co poniżej wskazano.

W orzecznictwie KIO podkreśla się, że o niezgodności treści oferty z postanowieniami SWZ można mówić w przypadku **ominięcia pewnego zakresu świadczenia, zaoferowania odmiennego zakresu** lub braku jego dookreślenia w sposób umożliwiający ocenę, czy wykonawca złożył ofertę zgodną z oczekiwaniami zamawiającego. Izba podkreśliła, że nie ulega wątpliwości, że każdorazowo zawarte w ofercie wykonawcy zobowiązanie dotyczące zakresu przedmiotowego oraz sposobu realizacji przedmiotu zamówienia **jest elementem treści merytorycznej oferty** (zob. np. wyrok KIO z 9.09.2021 r., KIO 2520/21, LEX nr 3335139). W szerszym ujęciu za treść oferty należy uznać zakres zobowiązania wykonawcy, tj. zaoferowany przez wykonawcę zakres świadczenia – sposób realizacji przedmiotu umowy. Z takim właśnie przypadkiem polegającym na ominięciu pewnego zakresu świadczenia czy zaoferowania odmiennego zakresu mamy do czynienia w niniejszej sprawie, tj. cena ofertowa zaproponowana przez Maldrobud nie obejmuje wszystkich elementów składających się na przedmiot zamówienia – a co świadczy o braku zgodności z warunkami zamówienia.

Z powyższej analizy (zob. uzasadnienie pkt I) można wysnuć wniosek, że Maldrobud *de facto* nie uwzględniła wszystkich niezbędnych do prawidłowej realizacji zamówienia kosztów. W wyroku KIO, brak wyceny pozycji kosztorysu jest istotnym brakiem oświadczenia woli, niemieszczącym się w zakresie wyjaśnień, do których zamawiający może wzywać wykonawcę

na podstawie wskazanej normy (zob. wyrok KIO z 21.10.2021 r., KIO 2771/21, LEX nr 3324894).

Nadto, w orzecznictwie KIO podkreśla się, że treść oferty wykonawcy musi w sposób niebudzący wątpliwości potwierdzać jej zgodność z warunkami zamówienia. Przykładowo, wskazuje się, że oferta niespełniająca merytorycznych wymagań określonych w SWZ podlega odrzuceniu i - z wyjątkami dotyczącymi poprawienia omyłek – nie może zostać na etapie badania ofert zmieniona, w celu doprowadzenia jej treści do zgodności z oczekiwaniami zamawiającego (zob. wyrok KIO z 20.12.2021 r., KIO 3555/21, LEX nr 3285537) – a zatem tym bardziej na etapie późniejszym i postępowania odwoławczego przed KIO.

Wobec powyższego, na tle niniejszego stanu faktycznego i przeprowadzonej analizy, zauważyć należy, że uzasadnionym było zastosowanie art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p. Wynika to przede wszystkim z faktu merytorycznej (materialnej) wadliwości i niezgodności oferty w relacji do oczekiwań zamawiającego wyrażonych w warunkach zamówienia, w szczególności ww. zapisy.

Na marginesie, w nawiązaniu do ww. warunków zamówienia (ujętych w szczególności w Szczegółowej Specyfikacji Technicznej), wskazać należy, że zapisy te mieszczą się w pojęciu „warunków zamówienia”. W art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p. ustawodawca określa, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Zamawiający dokonuje zatem oceny oferty pod względem jej zgodności z warunkami zamówienia. Dokonując analizy pkt 5 przez pryzmat definicji warunków zamówienia zawartej w art. 7 pkt 29 p.z.p., należy przyjąć, że treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia, jeżeli jest niezgodna z warunkami, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikającymi w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy o zamówienie publiczne. Warunki zamówienia wyznaczają nie tylko warunki udziału w postępowaniu i inne wymagania proceduralne oraz sam przebieg postępowania, lecz także przedmiot zamówienia, wymagania związane z jego realizacją oraz projektowane postanowienia umowy. Tak szeroko zdefiniowane warunki zamówienia korespondują z terminem „specyfikacja warunków zamówienia”, która jest dokumentem zamówienia obejmującym całość wymagań określonych przez zamawiającego (A. Gawrońska-Baran [w:] E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, A. Gawrońska-Baran, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2022, art. 7).

III. Obowiązek Zamawiającego weryfikacji ofert, zarzut rażąco niskiej ceny

Przepis art. 224 p.z.p. ma zapobiegać wybieraniu ofert, które nie dają pewności, że

zamówienie zostanie wykonane i to bez uszczerbku dla jego jakości. Ma on stanowić ochronę przed nieuczciwymi praktykami wykonawców. Jednocześnie przepis chroni rzetelnych wykonawców, gdyż ułatwia eliminowanie z zamówień publicznych tych, którzy łamią zasady uczciwej konkurencji w zakresie ceny. Należy podkreślić, że obowiązkiem zamawiającego podczas badania poziomu cenowego ofert wykonawców jest nie tylko matematyczne zestawienie ceny końcowej z referencyjnymi wartościami, o których mowa w art. 224 ust. 2 p.z.p. - tj. średnia arytmetyczna ofert, szacunkowa wartość zamówienia - ale również zbadanie ich istotnych elementów składowych.

Zaistnienie podejrzenia występowania rażąco niskiej ceny, kosztu lub istotnych części składowych generuje obowiązek („zamawiający żąda od wykonawcy”) przeprowadzenia przez zamawiającego procedury wyjaśniającej. Tymczasem w niniejszym stanie faktycznym – mając na uwadze ww. kwestie (zob. pkt I powyżej) – nie sposób nie powziąć takich „wątpliwości”. Przede wszystkim wynikają one z zestawienia kosztu wskazanego przez Maldrobud za usuwanie śliskości (15 zł) i odśnieżania z usuwaniem śliskości (35 zł) z poszczególnymi kosztami składowymi na te ceny jednostkowe (choćby zakup pisaku). Nadto, brak rynkowości wskazanych przez Maldrobud niniejszych cen jednostkowych jednoznacznie potwierdza chociażby zestawienie stawek zaproponowanych przez innych wykonawców – w analogicznych czynnościach.

W nawiązaniu do powyższego, Odwołujący podkreśla – w ślad za wyrokiem KIO 31.05.2016 r., sygn. akt KIO 820/16: *„zwroty „Wydaje się” czy „budzi wątpliwości zamawiającego” są pojęciami nieostrymi i należy uznać, że celowo zostały te pojęcia wprowadzone przez ustawodawcę, by dać zamawiającym szerokie możliwości działania, z których winni korzystać w uzasadnionych sytuacjach, dla zapewnienia uczciwej konkurencji w postępowaniu oraz w celu wyboru wykonawcy, który za zaoferowaną cenę rzeczywiście może wykonać zamówienie w sposób zgodny z oczekiwaniami i wymogami zamawiającego. Jednocześnie należy wskazać, że przepis art. 90 ust. 1 p.z.p. nie może być odczytywany jedynie jako uprawnienie zamawiającego, nie podlegające kontroli. Przeciwnie, **norma prawna zawarta w tym przepisie przewiduje obowiązek przeprowadzenia procedury wyjaśniającej**, a tym samym zaniechanie tego obowiązku - gdy okoliczności sprawy wskazują o istnieniu uzasadnionych podstaw do zastosowania art. 90 ust. 1 p.z.p. - może być podnoszone w ramach środków ochrony prawnej. Należy przy tym dodać, że **przepis ten stanowi, że „zamawiający zwraca się” o udzielenie wyjaśnień i złożenie dowodów, a nie, że „zamawiający może zwrócić się”**. Ponadto, obowiązek przeprowadzenia procedury wyjaśniającej - gdy zachodzą do tego ustawowe przesłanki - wpisuje się w podstawową zasadę z art. 7 ust. 1 p.z.p., w postaci zapewnienia*

uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Dodatkowo, zgodnie z art. 7 ust. 3 p.z.p., zamówienie udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Również z tego przepisu można wyprowadzić obowiązek żądania od wykonawcy udowodnienia realności swojej ceny, gdy jej wysokość budzi uzasadnione wątpliwości.

W ślad za powyższym, przykładowo Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 13 listopada 2017 r. stwierdza: „(...) *nawet jeżeli cena całkowita oferty nie sprawia wrażenia rażąco niskiej, a w szczególności nie jest niższa o określony wskaźnik od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej innych ofert, ale cena (koszt) jednego lub kilku istotnych składników ceny (kosztu) oferty sprawia wrażenie rażąco niskiej, to zamawiający ma obowiązek zażądać od wykonawcy stosownych wyjaśnień*”.

Podkreślić również trzeba, że norma zawarta w art. 224 stanowi generalną zasadę wskazującą na podstawę wystąpienia przez zamawiającego do wykonawcy z żądaniem udzielenia wyjaśnień co do podejrzenia rażąco niskiej ceny lub kosztu. Wyjaśnianie ceny oferty lub ceny elementów oferty nie jest czynnością dokonywaną ze względów czysto formalnych, ale ma na celu **ochronę zamawiającego przed nienależytym wykonaniem zamówienia w przyszłości z powodu niedoszacowania ceny oferty przez wykonawcę** (zob. Wyrok KIO z 12.02.2021 r., KIO 131/21, LEX nr 3158054).

Weryfikacja oferty pod kątem realności ceny zaoferowanej przez danego wykonawcę i obowiązek odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia służy w szczególności temu, żeby eliminować z postępowania wykonawców niewiarygodnych i nierzetelnych z uwagi na proponowane przez nich nierealistyczne ceny. W związku z ryzykiem nieprawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia, które stanowi bezpośrednią konsekwencję skalkulowania ceny oferty na zaniżonym poziomie, ustawodawca przewidział przy tym mechanizmy weryfikacji prawidłowości złożonej oferty pod kątem zaoferowanej ceny, jak również sankcje na wypadek niewykazania jej realności. Mechanizmy te wdrożone zostały przez ustawodawcę poprzez dyspozycje art. 224 ust. 1 - ust. 3 p.z.p. Tymczasem brak weryfikacji i zaniechanie wezwania do wyjaśnień w niniejszym stanie faktycznym, mając na względzie wyżej przytoczone okoliczności – w szczególności argumentacja z pkt I) – świadczy o wyraźnym zaniechaniu po stronie Zamawiającego, a przez to naruszeniu ww. przepisów prawa.

Brak jest również wątpliwości co do „istotności” pozycji prac 10c. Jest to bowiem jeden z

kluczowych elementów skupiających na sobie *de facto* meritum przedmiotu zamówienia, a zatem bieżącego utrzymania dróg. Jest to co więcej element wyodrębniony przez Zamawiającego i w stosunku do których Zamawiający oczekiwał podania w formularzu cenowym wynagrodzenia, obliczanego kosztorysowo i niezależnie. **Należy zwrócić uwagę również na udział wartościowy w całości wyceny ofertowej. Dodatkowo, mając na uwadze powyższą argumentację, w tym fakt, że wykonawca zaniża w stosunku do kosztorysu inwestorskiego cenę w TER 10 c o kwotę 1 024 448,25 zł (1 145 293,50 -120 845,25 zł (a co tym samym przekłada się na całą wycenę), nie sposób kwestionować istotności tego elementu.** Tymczasem odnośnie istotnych części składowych zamówienia stanowiących podstawę wezwania do wyjaśnień w doktrynie wskazuje, że za części istotne powinny być uznawane te części, których wartość znacząco wpływa na cenę a więc takie, które w znacznym stopniu przyczyniają się do powstania kosztów po stronie wykonawcy (tak W. Dzierżanowski - Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, art. 224.).

Nadto, nie sposób też kwestionować znaczenia merytorycznego prac 10 c Zimowego Utrzymania – które to chociażby na swój zakres (w tym odśnieżanie chodników, dróg rowerowych czy ciągów) ma bardzo istotne znaczenie ze względów bezpieczeństwa i zapewnienia codziennego użytkowania dróg przez pieszych czy kierowców. Tymczasem w wyroku KIO z 25.01.2022 r., KIO 69/22, LEX nr 3317706: *przez użyte w art. 224 ust. 1 p.z.p. sformułowanie "istotna część składowa zaoferowanej ceny" nie należy uznawać wyłącznie takiej części składowej ceny, która stanowi istotny ułamek ceny oferty, ale również część składową ceny oferty, będącą ceną (wynagrodzeniem) za wykonanie świadczenia, które ma istotne znaczenie merytoryczne.*

IV. Naruszenie zasad Prawa zamówień publicznych i czyn nieuczciwej konkurencji

Ponadto, Odwołujący wskazuje, że zasada zachowania uczciwej konkurencji, o której mowa w art. 16 ust. 1 ustawy p.z.p. oznacza zakaz podejmowania przez zamawiającego działań, które ograniczałyby w jakikolwiek sposób prawo rozpatrzenia oferty danej grupy wykonawców na takich samych zasadach, jak oferty innych wykonawców. Podobny cel służy zasadzie równego traktowania wykonawców, której egzemplifikacją stanowi wymóg jednakowego traktowania ich w takich samych okolicznościach (i odpowiednio różnego traktowania wykonawców w różnych okolicznościach).

Zamawiający ma obowiązek przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający **zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców**, co oznacza, że jest on zobowiązany do stworzenia warunków do uczciwego konkurowania przez wykonawców o uzyskanie zamówienia, jak też do eliminowania zachowań sprzecznych z prawem lub etyką. Obowiązek przestrzegania zasady uczciwej konkurencji przez zamawiającego zarówno na etapie przygotowania, jak i prowadzenia postępowania znajduje wyraz w przepisach dotyczących poszczególnych instytucji i rozwiązań ustawowych (M. Stachowiak [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, art. 16).

Tymczasem Zamawiający zdaje się nie dostrzegać, że samo złożenie oferty z cenami jednostkowymi zaniżonymi w tak wysokim poziomie (zob. uzasadnienie pkt I), samo w sobie stanowi już czyn nieuczciwej konkurencji. W myśl art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2022 r. poz. 1233) czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w jednym z wyroków: *Dobre obyczaje, na które się powołuje w cytowanym przepisie (art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji), wskazują na działanie, które może prowadzić do zniekształcenia określonych interesów i zachowań gospodarczych w przeciętnych warunkach praktyki rynkowej, które jednocześnie prowadzi do pogorszenia sytuacji innego przedsiębiorcy na tym konkurencyjnym rynku, poprzez naruszenie w tym zakresie jego interesu* (zob. Wyrok KIO z 17.11.2016 r., KIO 2091/16, LEX nr 2163261).

Idąc dalej, w wyniku działań Zamawiającego w niniejszym postępowaniu, w szczególności w postaci zaniechania odrzucenia oferty Maldrobud, a co nakazują przepisy ustawy p.z.p. (na co powyżej wskazano) Zamawiający uniemożliwił udzielenie Zamówienia innemu wykonawcy, którego oferta nie podlega odrzuceniu. W związku z ryzykiem nieprawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia, które stanowi bezpośrednią konsekwencję skalkulowania ceny oferty na zaniżonym poziomie, ustawodawca przewidział przy tym mechanizmy weryfikacji prawidłowości złożonej oferty pod kątem zaoferowanej ceny, jak również sankcje na wypadek niewykazania jej realności – a z których to jednak instytucji nie skorzystał Zamawiający, a co potwierdza również naruszenie ww. zasad p.z.p. Takie zaniechania po stronie Zamawiającego świadczą również o braku zachowania obiektywizmu i bezstronności Zamawiającego, a co negatywnie wpływa na zachowanie **uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców**.

W nawiązaniu do powyższego, w orzecznictwie europejskim przyjęcie oferty niezgodnej z warunkami zamówienia uznaje się za naruszenie zasady równości (zob. wyrok TS z 22.06.1993 r., C-243/89, KOMISJA WSPÓLNOT EUROPEJSKICH v. KRÓLESTWO DANII, ECR 1993, nr 6, poz. I-3353). Przy czym podkreśla się, że w związku z nakazem zachowania przejrzystości, równego traktowania wykonawców oraz zachowania uczciwej konkurencji osoby występujące po stronie zamawiającego powinny być bezstronne i obiektywne w czasie przygotowania i prowadzenia postępowania. Wobec powyższego opisane wyżej działanie Zamawiającego w niniejszej sprawie wskazuje, że doszło do naruszenia przedmiotowych zasad.

Zamawiający jednocześnie nie dostrzega, że Maldrobud dokonując zniżenia cen jednostkowych - w zakresie grupy prac 10c - ustalając takowe na poziomie nierynkowym, nierealistycznym, nie gwarantującym realizacji zamówienia i zapewnienie bezpieczeństwa uczestnikom ruchu, narażając Zamawiającego na odpowiedzialność odszkodowawczą doprowadził do kształtowania swojej oferty w sposób, który umożliwił Maldrobud uzyskanie nieuprawnionej przewagi rynkowej, a co stanowić powinno podstawę do odrzucenia jego oferty na podstawie 226 ust. 1 pkt 8 p.z.p.

Na naganność takiej inżynierii finansowej, którą należy traktować jako czyn nieuczciwej konkurencji, wskazała KIO w wyroku z 21 stycznia 2020 r. (KIO 2682/19), w którym uznała, że wykonawca który zawyża cenę za określony element zamówienia i zaniża inny element w celu osiągnięcia jak najwyższej rentowności zamówienia, niezależnie od tego iż konkuruje z innymi wykonawcami ceną całkowitą, wypełnia przesłanki określone w art. 3 ust. 1 ustawy ZNK. KIO wskazała, że wykonawca dopuścił się tzw. manipulacji ceną poprzez jej konstrukcję w sposób niezgodny z zasadami zawartymi w SIWZ. Manipulacja ceną w tym postępowaniu "znalazła odzwierciedlenie w cenie całkowitej oferty i miałaby bezpośrednie przełożenie na sposób rozliczenia umowy, wysokość kar umownych, czy ceny w przypadku rozszerzenia przedmiotu umowy", co świadczy o działaniu wykonawcy sprzecznie z dobrymi obyczajami. Tego typu działanie oznacza dążenie za wszelką cenę do uzyskania zamówienia publicznego i tym samym do wyeliminowania konkurencji poprzez stosowanie praktyk niezgodnych z uczciwą konkurencją i samo w sobie także wyczerpuje znamiona czynu nieuczciwej konkurencji z art. 3 ust. 1 ustawy ZNK. Przy czym, co należy ponownie podkreślić Przy czym o naruszeniu tego przepisu stanowi już samo ukierunkowanie działań na nieuczciwe praktyki i jak ma to miejsce w niniejszym postępowaniu dokonana przez Maldrobud manipulacja ceną oferty w zamiarze zwiększenia szans w uzyskanie zamówienia (tak wyrok KIO z 10.02.2022 r., KIO 192/22, LEX nr 3361895). Toteż działanie to powinno zostać w ten sposób ocenione bez względu na to, że w wyniku niniejszego postępowania, pod warunkiem prawidłowego jego przeprowadzenia

Zamawiający, dokona odrzucenia oferty także na podstawie innych, ww. podstaw.

W konsekwencji Zamawiający naruszył również art. 16 pkt 1 i 2 p.z.p. poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Samo złożenie oferty przez Maldrobud z tak zaniżonymi cenami jednostkowymi stanowi już czyn nieuczciwej konkurencji. Nadto, Zamawiający dokonał nieobiektywnej oceny złożonych przez obu wskazanych wykonawców wyjaśnień rażąco niskiej ceny jak i istotnych części składowych, co doprowadziło do zaniechania odrzucenia oferty – która to zawierała rażąco niską cenę.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie z dnia 3 lutego 2023 r. wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający wskazał, że:

Odnosząc się merytorycznie do treści odwołania podkreślić należy, że treść i zakres zarzutu wyznaczają okoliczności faktyczne, w których Odwołujący upatruje niezgodność działania Zamawiającego z ustawą (por. wyrok z 4 czerwca 2020 r. KIO 500/20, ale też KIO 2036/18, KIO 162/17, KIO 179/17, KIO 35/17. Zarzuty odwołania dotyczą grypy prac zawartych w załączniku 10c i w tym zakresie wyłącznie, należy dokonać oceny zasadności zarzutów.

Zaniechanie wezwania Maldrobud do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny

Odwołujący wskazuje, jako okoliczność faktyczną, która w jego ocenie wadliwie została oceniona przez Zamawiającego a w konsekwencji nie uznanie, że zaoferowana przez Maldrobud cena jest rażąco niska jak również, że oferta tego wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia z tego powodu, że nie obejmuje wszystkich elementów składających się na przedmiot zamówienia, treść załącznika 10c – zimowe utrzymanie dróg w zakresie „usuwania śliskości(gdzie wykonawca przyjął stawkę 15zł” oraz „odśnieżanie wraz z usuwaniem śliskości(gdzie wykonawca przyjął stawkę 35zł. Również w treści uzasadniania wywód Odwołującego odnoszony jest do treści tego załącznika.

Zgodnie z art. 224 § 1. Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów,

zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

Przepisy ustawy nie określają żadnych przesłanek uzasadniających konieczność wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w powyższym zakresie.

Przepis powyższy, zatem dotyczy dwóch stanów faktycznych:

1. Istotna część składowa ceny lub kosztu wydaje się być rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia

Lub

2. Istotna część składowa ceny lub kosztu budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia;

W każdym ze sformułowanych tu stanów faktycznych, w pierwszej kolejności należy zatem dokonać ustalenia, czy oceniana część składowa ma charakter części istotnej. Dopiero w przypadku uzyskania odpowiedzi twierdzącej, Zamawiający, gdy cena ta wydaje się być rażąco niska lub budzi jego wątpliwości, może wezwać Wykonawcę do złożenia wyjaśnień na podstawie tego przepisu.

Odnosząc się zatem do zarzutów postawionych w odwołaniu, ocenić należy, czy koszt grupy prac wycenionych w tabeli 10c ma charakter istotnej części składowej ceny oferty.

W piśmiennictwie jak i orzecznictwie utrwalonym jest, że pojęcie istotności ceny składowej lub kosztu interpretować jako istotność z punktu widzenia cenotwórczego. Zasadne jest zatem odnoszenie wartości danej części składowej do ceny ogólnej (wyrok KIO z 03.04.2017 KIO 519/17). Niektórzy z komentatorów odwołują się również do prawa Zamawiającego co do badania cen lub kosztu tych części składowych, które mają dla niego istotne znaczenie.

W niniejszej sprawie, stanu faktycznego nie można odnieść do żadnego z powyższych stanowisk. Całkowicie błędnym i sprzecznym z dokumentami przetargowymi jest twierdzenie Odwołującego, że pozycje prac 10c to „jednej z kluczowych elementów skupiających na sobie de facto meritem przedmiotu zamówienia”.

Kolejność wykonywania działań w pasie drogowym Zamawiający określił w pkt 5.3.5 SST na zimowe utrzymanie dróg krajowych. Drogi serwisowe, technologiczne, chodniki, drogi rowerowe i inne (zatem te elementy rozliczeniowe, które objęte są grupą prac z tabeli 10c) mają zostać odśnieżane w ostatniej kolejności i będą wykonywane dopiero na wyraźne

polecenie zarządcy dróg krajowych. Wykonawca ma obowiązek odśnieżenia i posypania materiałami przeciwoślodziowymi tych elementów drogi, w czasie 8 godzin od ustąpienia zjawiska, podczas gdy, zgodnie z Zarządzeniem nr 23 Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z dnia 04.10.2022 w sprawie standardów zimowego utrzymania, z jezdni i poboczy np. śnieg ma zostać usunięty do 4 godzin po ustaniu zjawiska a lodowica w ciągu 4 godzin od stwierdzenia wystąpienia zjawiska. Ponadto zauważyć należy iż prace grupy 10c stanowią podgrupę prac związanych z ZUD (obok grup 10a oraz 10b) co powtórnie świadczy o nienadrzędnym charakterze tych prac. Powyższe w sposób jednoznaczny przeczą twierdzeniu Odwołującego, że jest to kluczowy element zamówienia.

Dokonując oceny z punktu widzenia cenotwórczego, zauważyć należy, że nawet w ofercie Odwołującego koszt całej grupy prac z tabeli 10c to niespełna 4,9% wartości ceny ofertowej. Trudno zatem uznać, że wartość tych prac w sposób istotny wpływa na cenę całej oferty.

Mając na uwadze powyższe, uznać należy, że koszt prac objętych tabelą 10c nie ma charakteru istotnej części składowej ceny w rozumieniu art. 224 § 1 PZP.

Niezależnie od powyższego podnoszę:

Użyte w tym przepisie sformułowanie „budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia” odwołuje się zatem do subiektywnej oceny Zamawiającego, mającej swe źródło w doświadczeniu nabytym przy udzielaniu tego typu zamówień czy znajomość cen obowiązujących na rynku. Oznacza to, że Zamawiający mając na uwadze powyższe okoliczności a przede wszystkim specyfikę zamówienia, dokonuje oceny pozyskanych ofert w aspekcie możliwości należytego wykonania umowy za podane w nich ceny i - w dopiero razie powzięcia w tym zakresie wątpliwości – występuje do wykonawców o wyjaśnienia tych cen.

Odwołujący stawia tezę iż ceny jednostkowe wyrażone w części 10c formularza TER wyrażone w ofercie Maldrobudu są wątpliwe pod kątem ich realności i rynkowości W ocenie Zamawiającego, teza ta, pogłębiona w dalszej części wywodem o kosztach roboczogodzin będących składową całości kosztów koniecznych do poniesienia w ramach realizacji usuwania śliskości oraz usuwania śliskości wraz z odśnieżaniem, oparta została na założeniach niewynikających z wymagań Zamawiającego zawartych w dokumentach przetargowych. Zamawiający nie zabrania oczywiście Wykonawcom dokonywania szacowania oferty według własnych założeń, ale sposób szacowania przyjęty przez Odwołującego nie jest tożsamy z koniecznością uznania, że ceny innych Wykonawców są rażąco niskie. W SST ZUD w punkcie 1.5.2. Zgodność prac z SST i innymi dokumentami

wskazano bowiem, że świadczenie usług ZUD należy prowadzić zgodnie z „Wytycznymi zimowego utrzymania dróg” obowiązującymi w dniu podpisania umowy. W dokumencie tym, w punkcie 5.7.5, Zamawiający wskazuje iż odśnieżanie chodników należy prowadzić przede wszystkim z użyciem sprzętu specjalistycznego. Co wyklucza tym samym prowadzenie prac ręcznie. Należy przy tym podkreślić iż postawienie przez Zamawiającego wymogu prowadzenia odśnieżania chodników wyłącznie w sposób mechaniczny obejmuje w swoim zakresie także wymóg usuwania śliskości w sposób mechaniczny co podyktowane jest nierozzerwalnym charakterem obu czynności. Tak więc wykonawca dysponujący sprzętem mechanicznym do prowadzenia czynności odśnieżania

wraz z usuwaniem i zapobieganiem śliskości w sposób oczywisty ma możliwość prowadzenia czynności usuwania śliskości na chodnikach, także w sposób mechaniczny co w sposób istotny wpływa na obniżenie kosztów jednostkowych takich prac oraz pozwala na zoptymalizowanie szeregu czynności związanych z zimowym utrzymaniem chodników.

W ocenie Zamawiającego, twierdzenie Odwołującego, że stawki z tytułu usuwania śliskości na chodnikach na poziomie 5 zł za km oraz 10 zł/km za usuwanie śliskości wraz z odśnieżaniem są nierealne i nierynkowe, wyprowadzone mogło zostać przy błędnie przyjętym założeniu prowadzenia tych prac ręcznie, co nie tylko wpływa istotnie na cenę, ale jest sprzeczne z wymaganiami Zamawiającego. Przy założeniu iż prowadzenie utrzymania zimowego chodników będzie dokonywane wyłącznie mechanicznie tj. z użyciem specjalistycznego sprzętu stawki zaproponowane przez Maldrobud okazują się być są realne i rynkowe i świadczą o potencjale i doświadczeniu Wykonawcy w tym zakresie oraz o konkurencyjności jego oferty.

Na etapie oceny ofert Zamawiający dokonał szacunkowej analizy kosztów w zakresie grupy 10c.

W zakresie usuwania śliskości chodników szacowany koszt zużycia materiałów wynosi ok 3 zł (3 złote koszt soli tj. poprzez wydatek soli minimum 5 gram/m²). Pozostała kwota ok. 2 zł/km przypada na koszt użycia małych pojazdów mechanicznych stanowiących nośniki posypywarek, szczotek oraz pługów.

W zakresie odśnieżania chodników zawierającego w sobie czynności usuwania śliskości szacowany analogiczny koszt zużycia materiałów wynosi ok 3 zł. Pozostała kwota ok. 7 zł / km przypada na koszt użycia małych pojazdów mechanicznych stanowiących nośniki posypywarek, szczotek mechanicznych oraz lemieszki pługów.

W zakresie usuwania śliskości dróg serwisowych szacowany koszt zużycia materiałów wynosi do 1,74 zł/km (wydatek piasku do 30 gram/m²). Koszt materiału nie przekracza stawki jednostkowej. Podkreślić trzeba iż drogi serwisowe służą potrzebom zarządcy drogi oraz utrzymywane są poprzez posyp piaskiem wyłącznie na zlecenie Zamawiającego.

Utrzymanie tych odcinków dróg odbywać się będzie jako działanie uzupełniające tj. na koniec prac związanych z utrzymaniem standardu jezdni głównych co pozwala na dokonywanie posypu z wykorzystaniem sprzętu ciężkiego w ich drodze powrotnej do bazy.

Powyższe daje możliwość zredukowania kosztów związanych z kosztami eksploatacyjnymi pojazdów ciężkich, które są ponoszone niezależnie na wskutek konieczności powrotu do bazy i które to koszty są uwzględnione w stawkach zasadniczych robót ZUD wyrażonych w części 10b.

W zakresie odśnieżania wraz z usuwaniem śliskości dróg serwisowych szacowany koszt zużycia materiałów wynosi do 1,74 zł/km (wydatek piasku do 30 gram/m²). Koszt materiału nie przekracza stawki jednostkowej. Pozostała kwota stawki przypada na koszt użycia sprzętu ciężkiego. Podkreślić trzeba iż drogi serwisowe służą potrzebom zarządcy drogi oraz utrzymywane są poprzez posyp piaskiem wyłącznie na zlecenie Zamawiającego.

Utrzymanie tych odcinków dróg odbywać się będzie jako działanie uzupełniające tj. na koniec prac związanych z utrzymaniem standardu jezdni głównych co pozwala na dokonywanie posypu z wykorzystaniem sprzętu ciężkiego w ich drodze powrotnej do bazy.

Powyższe daje możliwość zredukowania kosztów związanych z kosztami eksploatacyjnymi pojazdów ciężkich, które i są ponoszone niezależnie na wskutek konieczności powrotu do bazy i które to koszty są uwzględnione w stawkach zasadniczych robót ZUD wyrażonych w części 10b.

Zamawiający podkreśla iż koszt wywozu śniegu z chodników zawarty jest także w części 10a i stanowi odrębną pozycję kosztorysową. Koszty personelu do obsługi sprzętu specjalistycznego zawarte są w Grupie 11 Zarządzanie Kontraktem. Zamawiający ponadto stwierdza iż stawki wykazane przez Odwołującego w części 10c TER są najwyższe w zestawieniu cen jednostkowych dla tej części zamówienia co potwierdza zestawienie cen dla części 10c wyrażone na stronie 11 odwołania. Wobec czego odnoszenie cen jednostkowych Maldrobudu wyłącznie do (najwyższych) cen Odwołującego wypacza obraz realnych uwarunkowań rynkowych w przedmiocie sporu.

Znacząco wyższa wycena kosztów prac w zakresie zimowego utrzymania chodników potwierdza błędne podejścia Odwołujące w zakresie kalkulacji - będących przedmiotem sporu - kosztów. Koszty usuwania śliskości zaproponowane przez pozostałych oferentów mieszczą się w przedziale 55 – 85 złotych, koszty usuwania śliskości wraz z odśnieżaniem mieszczą się w przedziale 95 – 112 złotych za kilometr. Zamawiający pragnie podkreślić iż wywód Odwołującego w postaci szacowania kosztów robocizny wyrażony na stronie 11 odwołania w postaci zaprezentowanego wyliczenia kosztów samej robocizny w formie iloczynu „24 x 24,68 złotych + dodatek nocny” prowadzi do stwierdzenia, iż sam Odwołujący (w świetle własnej argumentacji) zaniżył koszty świadczenia przedmiotowych usług, gdyż stawki przezeń zaproponowane są znacznie niższe od stawki wynoszącej 591,60 złotych plus dodatek nocny.

Zamawiający na etapie analizy wycen cen jednostkowych w odniesieniu do oferty firmy Maldrobud, oceniając ich realność oraz rynkowość uwzględnił również inne aspekty istotne dla szacowania kosztów wykonania zamówienia, a w szczególności:

a. Uwarunkowania klimatyczne.

Rejon Stargard położony jest zasadniczo na styku stref : VI (najłżejszej strefie klimatycznej Polski) oraz V. Nadmienić należy iż najcięższą strefą klimatyczną jest strefa I. Dla przykładu strefa II dominuje w naszym kraju i pokrywa ponad połowę jej powierzchni. Jest to istotne w aspekcie wymaganych częstotliwości prowadzenia czynności utrzymania zimowego chodników w ciągu doby. Praktyka ostatnich lat wskazuje iż utrzymanie zimowe chodników w przytłaczającej większości sprowadza się do konieczności prac jeden raz na dobę co wyklucza konieczność zwielokrotniania kosztów utrzymania chodników w ciągu doby (w praktyce wszystkie zlecane przypadki utrzymania zimowego chodników w Rejonie Stargard dotyczą jednokrotnego wymogu prowadzenia tychże prac w ciągu doby).

b. Lokalizacja siedziby Wykonawcy

Siedziba Wykonawcy f-my Maldrobud położona jest centralnie w obszarze działania Rejonu Lipiany i znajduje się w bezpośrednim sąsiedztwie Rejonu Stargard. W chwili obecnej Wykonawca Maldrobud realizuje utrzymanie obszarowe dróg na terenie Rejonu Stargard, korzystając już w tym momencie z szeregu wypracowanych rozwiązań logistycznoorganizacyjnych które mogą zostać zastosowane w przyszłości. Uwarunkowanie to stanowiło niewątpliwie wartość dodaną w świetle konieczności szacowania wycen poszczególnych prac przewidzianych do wykonania w przedmiotowym postępowaniu, umożliwiając zwiększenie konkurencyjności, niewątpliwie także w zakresie wycen grupy prac

10c. Zauważyć należy iż położenie to jest znacznie bardziej korzystne względem siedzib Odwołującego oraz jego konsorcjanta.

c. Optymalizacja sposobu prowadzenia prac zimowego utrzymania chodników przez Wykonawcę Maldrobud.

Firma Maldrobud za wiedzą i zgodą Zamawiającego w wyniku wypracowania wieloletnich praktyk stosuje obecnie łączenie utrzymania jezdni w zakresie zapobiegania/usuwania śliskości z jednoczesnym prowadzeniem zapobiegania/usuwania śliskości na ciągach pieszych położonych tuż przy krawędzi jezdni poprzez kierowanie części strumienia posypu jezdni prowadzonego przez sprzęt ciężki drogowy, na powierzchnię ciągów pieszych i pieszo-rowerowych zlokalizowanych bezpośrednio przy krawędzi jezdni. Takie prowadzenie ww. czynności pozwala ograniczyć koszty wyodrębnionego utrzymania chodników w zakresie tych powierzchni które bezpośrednio przylegają do jezdni. Zakres tych powierzchni stanowi około 26% powierzchni w Rejonie Stargard całości powierzchni chodników oraz ścieżek pieszo-rowerowych.

Zamawiający podnosi, że Odwołujący pomija kwestię współdzielenie części kosztów jako części wspólnych dla różnych rodzajów prac i czynności. Przykładowo zarządzanie kontraktem stanowi część wspólną dla wszystkich grup prac wyszczególnionych w TER. W okresie zimowym zarządzanie kontraktem sprowadza się zasadniczo do prac zimowego utrzymania dróg. Część wspólna kosztów w tym zakresie dotyczy personelu obsługi, grup interwencyjnych, kosztów utrzymania gotowości. Ponadto część wspólna kosztów związanych z zarządzaniem kontraktem dotyczy składowania magazynowania załadunku materiałów sypkich co w szczególności dotyczy grup robót nr 10b oraz 10c. Powyższe uwarunkowania – pominięte w odwołaniu – wpływają na wycenę poszczególnych czynności ZUD pogrupowanych w częściach 10a 10b oraz 10c. Prawidłowa interpretacja takich powiązań pozwala na optymalizację i racjonalizację wycen poszczególnych prac w tym zimowego utrzymania chodników. Pominięcie w trakcie budowy formularza ofertowego ww. powiązań będzie w efekcie prowadzić do przeszacowania poszczególnych wycen jednostkowych, co zdaniem Zamawiającego mogło mieć w przypadku Odwołującego a co potwierdza treść uzasadnienia zawarta w odwołaniu.

Mając na uwadze powyższe, uznać należy, że ceny jednostkowe w zakresie grup prac wyszczególnionych w zał. 10c w ofercie Maldrobud nie zostały wycenione w taki sposób który w sposób negatywny wpłynie na należyte wykonanie umowy.

Zarzut niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia

W ocenie Odwołującego oferta Maldrobudu nie obejmuje wszystkich elementów składających się na przedmiot zamówienia, przy czym zarzut ten wyprowadzony został z oceny, że wycena oferty Maldrobudu w zakresie prac 10c, nie pokrywa poszczególnych minimalnych kosztów związanych z elementami składowymi.

W ocenie Zamawiającego Odwołujący podnosi dwa zarzuty, które wzajemnie się wykluczają, albo bowiem cena oferty Maldrobud w zakresie prac grupy 10c zawiera wszystkie pozycje z tej grupy, ale ceny tych pozycji są rażąco niskie, nierynkowe, albo nie zawiera wyceny wszystkich elementów grupy 10c.

Rację ma Odwołujący, że dokonując analizy art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 7 pkt 29 PZP należy przyjąć, że treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia, jeżeli jest niezgodna z warunkami, które dotyczą zamówienia, wynikającymi w szczególności z OPZ, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy o zamówienie publiczne.

Odwołujący jednak, poza ogólnymi zarzutami odnoszącymi się raczej do rynkowości ceny jednostkowej, nie wskazał w czym konkretnie upatruje istnienia niezgodności pomiędzy ofertą Maldrobudu z warunkami zamówienia, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi warunkami zamówienia.

Zarzut naruszenia zasady uczciwej konkurencji.

Odwołujący stawia zarzut nieodrzczenia oferty Maldrobudu, wskazując, że już złożenie oferty z cenami jednostkowymi zaniżonymi w tak wysokim poziomie stanowi samo w sobie czyn nieuczciwej konkurencji. Natomiast poprzez nieodrzczenie tej oferty Zamawiający „uniemożliwił udzielenie Zamówienia innemu wykonawcy, którego oferta nie podlega odrzuceniu” Jednocześnie Odwołujący podnosi, że Zamawiający nie dostrzegł, że Maldrobud zaniżając ceny jednostkowe w zakresie grupy 10c, uzyskał nieuprawnioną przewagę rynkową i dopuścił się manipulacji cenowej. Zarzuca nadto Zamawiającemu, że Zamawiający dokonał nieobiektywnej oceny złożonych przez obu wskazanych wykonawców wyjaśnień rażąco niskiej ceny jak i istotnych części składowych, co doprowadziło do zaniechania odrzucenia oferty która zawiera rażąco nisko cenę”.

Również i ten zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Podtrzymując wszystkie powyższe twierdzenia i oceny, podnieść należy, że nawet wystąpienie w ofercie wykonawcy rażąco

niskiej ceny nie może być traktowane automatycznie jako złożenie jej w warunkach nieuczciwej konkurencji (wyrok KIO z 29.06.2016 KIO 1066/16) Świadczy o tym chociażby przewidzenie w PZP odrębnych przesłanej odrzucenia oferty z tych tytułów. Jednocześnie Zamawiający zauważa, że w ostatniej swej części zarzut nie odnosi się do niniejszego postępowania, albowiem Zamawiający w tym postępowaniu nie mógł dokonywać oceny wyjaśnień wykonawców, co do rażąco niskiej ceny bo żaden z wykonawców takich wyjaśnień nie składał.

Stan faktyczny ustalony przez Izbę:

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2022/S 148-423956 w dniu 3 sierpnia 2022 r.

W dniu 26 stycznia 2023 r. wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **BADER-DROG sp. z o. o., sp. k. z siedzibą w Łubowie, T. B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą "BADERA" Firma Produkcyjno - Handlowo - Usługowa T. B. z siedzibą w Dalachowie, BUDiA-Standard Spółka z o.o. z siedzibą w Oleśnicy** wnieśli odwołanie na niezgodną z przepisami ustawy czynność/zaniechanie Zamawiającego polegającą na:

– zaniechaniu wezwania do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny wykonawcy MALDROBUD sp. z o.o. sp. k., ul. Królewiecka 43, 74-300 Myślibórz, w dalszej kolejności – w przypadku niezłożenia wyjaśnień lub też braku wykazania, że cena zaoferowana nie jest rażąco niska – odrzucenia tych ofert oraz

niezależnie - co stanowi skutek dalej idący;

zaniechania uznania oferty złożonej przez wykonawcę MALDROBUD sp. z o.o. sp. k., ul. Królewiecka 43, 74-300 Myślibórz, za niezgodną z warunkami zamówienia (Specyfikacją Warunków Zamówienia), mimo że nie obejmuje ona wszystkich elementów składających się na przedmiot zamówienia (w zakresie zimowego utrzymania dróg) i w konsekwencji, zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez tego Wykonawcę;

ewentualnie, tj. na wypadek, gdyby Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że niezasadne jest odrzucenie oferty z uwagi na niezgodność z warunkami zamówienia:

– nieuzasadnionego wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez MALDROBUD sp. z o.o. sp. k. 74-300 Myślibórz ul. Królewiecka 43, w sytuacji, w której oferta tego wykonawcy, w

tym jej istotne części składowe, jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości, co do możliwości jej wykonania;

ewentualnie, na wypadek, gdyby Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że niezasadne jest odrzucenie oferty w oparciu o powyższą podstawę:

– zaniechania wezwania do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny wykonawcy MALDROBUD sp. z o.o. sp. k., ul. Królewiecka 43, 74-300 Myślibórz, w dalszej kolejności – w przypadku niezłożenia wyjaśnień lub też braku wykazania, że cena zaoferowana nie jest rażąco niska – odrzucenia tych ofert;

– nieuzasadnionym wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez MALDROBUD sp. z o.o. sp. k., ul. Królewiecka 43, 74-300 Myślibórz;

– które to czynności zostały podjęte w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Całoroczne (bieżące i zimowe) utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Szczecinie”, numer referencyjny: GDDKiA O.Sz.D-3.2421.49.2022 (część 4 – obejmująca całoroczne (bieżące i zimowe) utrzymanie dróg krajowych obejmującej utrzymanie dróg krajowych Rejonu Stargard) – a o czym Odwołujący dowiedział się z pisma z dnia 16 stycznia 2023 r.

Zaskarżonym czynnościom Zamawiającego Odwołujący zarzucił naruszenie następujących przepisów, tj.:

- 1. art. 224 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 p.z.p.** poprzez zaniechanie wezwania MALDROBUD sp. z o.o. sp. k. do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, pomimo iż istotne części składowe oferty tego Wykonawcy wydają się być rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia, tj. w zakresie grupy prac 10c – Zimowe Utrzymanie Dróg – tak co do „usuwania śliskości” (gdzie wykonawca przyjął stawkę 5 zł w zakresie poz. 1.1 – 1.5.), jak i „odśnieżania wraz z usuwaniem śliskości” (gdzie wykonawca przyjął stawkę 10 zł w zakresie poz. 1.1-1.5.) a także dla pozycji „drogi serwisowe” (gdzie wykonawca przyjął stawkę 2 zł dla czynności usuwania śliskości i 5 zł dla „odśnieżania wraz z usuwaniem śliskości”) – a które to kwoty rodzą wątpliwości pod kątem ich realności i rynkowości, w szczególności mając na względzie, że są to kwoty co najmniej 9-krotnie niższe od ceny drugiego wykonawcy ubiegającego się o zamówienie w części IV, a co więcej – mając na względzie składowe niniejszych cen jednostkowych – wątpliwym jest, czy

Wykonawca jest w stanie wykonać wszystkie prace wchodzące w skład „usuwania śliskości” i „odśnieżania wraz z usuwaniem śliskości” mieszcząc się w tych cenach jednostkowych – a co winno skutkować wezwaniem do wyjaśnień, następnie – o ile Wykonawca nie złożyłby wyjaśnień w tym zakresie lub też okazałyby się one niewystarczające – odrzuceniem oferty tego wykonawcy, czego jednak Zamawiający zaniechał, a co doprowadziło do wyboru oferty MALDROBUD sp. z o.o. sp. k. jako najkorzystniejszej oraz zaniechania odrzucenia jego oferty. Należy dodać, że rażąco niski charakter cen jednostkowych wynika także z zaniżenia cen w zakresie ofert MALDROBUD sp. z o.o. sp. k. w obrębie ofert składanych na różne części postępowania (w części IV MALDROBUD sp. z o.o. sp. k. przyjął stawkę 5 zł, zaś dla cz. 1 – 15 zł dla ww. poz. „usuwania śliskości”, podobnie w części IV MALDROBUD sp. z o.o. sp. k. przyjął stawkę 10 zł, zaś dla cz. 1 – 35 zł ww. poz. „odśnieżania wraz z usuwaniem śliskości”).

2. **art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p.** poprzez wybór oferty złożonej przez MALDROBUD sp. z o.o. sp. k. jako najkorzystniejszej w Postępowaniu, pomimo że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, w tym Szczegółową Specyfikacją Techniczną w szczególności w zakresie pkt 1.3. i 1.4.36, 14.21 SST – gdyż nie obejmuje ona wszystkich elementów składających się na przedmiot zamówienia, na co wskazuje wycena wykonawcy MALDROBUD sp. z o.o. sp. k. w zakresie grupy prac nr 10c, tj. w zakresie grupy prac 10c – Zimowe Utrzymanie Dróg – tak co do „usuwania śliskości” – która to wycena nie pokrywa poszczególnych minimalnych kosztów związanych z jej elementami składowymi, a przez co czyni ofertę merytorycznie wadliwą;

a w konsekwencji

3. **art. 16 ust. 1 i 2 p.z.p.**, poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości. W sytuacji, gdy MALDROBUD sp. z o.o. sp. k. dokonując zaniżenia cen jednostkowych - w zakresie grupy prac 10c - ustalające takowe na poziomie nierynkowym, nierealistycznym (co stanowi podstawę dla zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 p.z.p.) doprowadził do kształtowania swojej oferty w sposób, który umożliwił MALDROBUD sp. z o.o. sp. k. uzyskanie nieuprawnionej przewagi rynkowej, a co stanowić powinno podstawę do odrzucenia jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 p.z.p., a co jednocześnie stanowiło czyn nieuczciwej

konkurencji z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2022 r. poz. 1233). Przy czym o naruszeniu tego przepisu stanowi już samo ukierunkowanie działań na nieuczciwe praktyki i jak ma to miejsce w niniejszym postępowaniu dokonana przez MALDROBUD sp. z o.o. sp. k. manipulacja ceną oferty w zamiarze zwiększenia szans w uzyskanie zamówienia (tak wyrok KIO z 10.02.2022 r., KIO 192/22, LEX nr 3361895). Jakkolwiek wynika to także z samego zaniżenia cen w zakresie ofert MALDROBUD sp. z o.o. sp. k. w obrębie ofert składanych na różne części postępowania (w części IV MALDROBUD sp. z o.o. sp. k. przyjął stawkę 5 zł, zaś dla cz. 1 – 15 zł dla ww. poz. „usuwania śliskości”, podobnie w części IV MALDROBUD sp. z o.o. sp. k. przyjął stawkę 10 zł, zaś dla cz. 1 – 35 zł ww. poz. „odsnieżania wraz z usuwaniem śliskości”).

W wyniku wniesionego odwołania przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **BADER-DROG sp. z o. o., sp. k. z siedzibą w Łubowie, T. B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą "BADERA" Firma Produkcyjno - Handlowo - Usługowa T. B. z siedzibą w Dalachowie, BUDiA-Standard Spółka z o.o. z siedzibą w Oleśnicy**, Zamawiający pismem z dnia 3 lutego 2023 r. wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego skutecznie przystąpił wykonawca **Maldrobud Sp. z o.o. Sp.k z siedzibą w Myśliborzu**, ul. Królewiecka 43, 74-300 Myślibórz.

Izba stwierdziła, że ww. wykonawcy zgłosili przystąpienie do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść zamawiającego.

Przystępujący pismem wniesionym do Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 lutego 2023 r. (pismo z dnia 6 lutego 2023 r.) wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Stan prawny ustalony przez Izbę:

Zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy PZP, Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy PZP, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
- 2) przejrzysty.

Zgodnie z art. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

III. KIO 237/23, KIO 239/23

Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowych sprawach, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniach, odpowiedzi na odwołanie, stanowiskiem przystępującego, konfrontując je z zebraniem w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk stron, a także uczestnika postępowania odwoławczego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający stwierdził, że odwołania dotyczą materii określonej w art. 513 ustawy PZP i podlegają rozpoznaniu zgodnie z art. 517 ustawy PZP. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek określonych w art. 528 ustawy PZP, których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołań i odstąpieniem od badania meritum sprawy. Ponadto w ocenie składu orzekającego Odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z przesłankami art. 505 ust. 1 ustawy PZP, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy PZP może spowodować poniesienie przez nich szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Skład orzekający dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w obydwu sprawach mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP, który stanowi, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba – uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy przedłożony przez strony i przystępującego, po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania, biorąc pod uwagę zakres sprawy zakreślony przez okoliczności podniesione w odwołaniu oraz stanowiska złożone pisemnie i ustnie do protokołu – stwierdziła, że sformułowane przez Odwołującego zarzuty w sprawach o sygn. akt KIO 237/23 i KIO 239/23 nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołania nie zasługują na uwzględnienie.

Izba zważa, że istotą sporu między Odwołującym a Zamawiającym było czy elementy składające się na prace w grupie prac TER 10c stanowią istotną część składową przedmiotu zamówienia.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że przedmiotem zamówienia zarówno w części I, jak i IV jest całoroczne (bieżące i zimowe) utrzymanie dróg krajowych obejmujące utrzymanie dróg krajowych Rejonu odpowiednio Lipiany i Stargard. Tym samym nie jest tak, jak twierdzi Odwołujący, że przedmiotem zamówienia ww. części jest wyłączenie usuwanie śliskości lub odśnieżanie wraz z usuwaniem śliskości chodników, dróg rowerowych, ciągów pieszo-rowerowych czy dróg serwisowych opisanych w grupie prac TER Nr 10c – Zimowe Utrzymanie Dróg.

Izba zważa, że prace grupy TER Nr 10c stanowią podgrupę prac związanych z Zimowym Utrzymaniem Dróg, obok prac grupy TER Nr 10a i 10b, a dodatkowe koszty, o których mówi Odwołujący na stronie 12 odwołania, tj. koszty materiału, koszty związane z transportem, opłaty za przejazd, koszty sprzętu czy zwiększenie dawki materiału do posypywania mogą zostać rozliczane w grupie prac nr 11 – Zarządzanie kontraktem, o czym świadczy zapis w pkt 5.2 SST-Zarządzania kontraktem, zgodnie z którym „*Nadzorem Wykonawcy objęte są następujące czynności:*

- *kontrola Drogi pod względem przejezdności, utrzymania i czystości w zakresie zgodnym z zapisami niniejszego Zamówienia i obowiązującymi przepisami prowadzonych prac;*
- *bieżący monitoring warunków atmosferycznych;*
- *zimowego utrzymania dróg;*
- *kontrola stanu technicznego oraz pracy urządzeń wykorzystywanych w trakcie realizacji usługi.”*

W związku z powyższym, w ocenie Izby, Odwołujący całkowicie pomija kwestię współdzielenia części kosztów jako części wspólnych dla różnych prac i czynności. I tak

wspomniana powyżej grupa prac nr 11 – zarządzanie kontraktem, stanowi część wspólną dla wszystkich grup prac wyszczególnionych w Tabeli Elementów Rozliczeniowych, w szczególności dla prac grupy 10a, 10 b i 10 c. Część wspólna kosztów, w tym zakresie dotyczy m.in. kosztów personelu obsługi, kosztów utrzymania gotowości, czy też składowania i magazynowania materiałów.

Izba zwraca uwagę, że zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy PZP, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

Zgodnie z ww. przepisem ustawy, wątpliwości Zamawiającego mogą dotyczyć oferowanej ceny lub kosztu lub ich istotnych części składowych. Ustawodawca jednak nie zdefiniował pojęcia istotnej części składowej.

W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 stycznia 2019 r., sygn. akt. KIO 2678/18, Izba zwróciła uwagę, że pojęcie „istotności” części składowej ceny lub kosztu „należy interpretować również poprzez odniesienie się do „istotności” części przedmiotu zamówienia, przynależnej danej części składowej ceny lub kosztu. Jeżeli określone prace w ramach realizacji zamówienia mają dla zamawiającego istotne znaczenie, to powinien on mieć prawo zbadania czy za prace te wykonawca oferuje cenę, która nie została przez niego rażąco zaniżona. Wskazując ponownie na unormowanie zawarte w art. 90 ust. 1 Pzp2004 należy podkreślić, iż jest tam mowa o wątpliwościach zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Nie chodzi jedynie o wątpliwości co do tego, czy zamówienie lub jego część w ogóle zostanie przez wykonawcę zrealizowana, ale także o wątpliwości co do tego, czy realizacja zamówienia lub jego części (za daną cenę) będzie należyta.”

W podobnym duchu wypowiedziała się Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 29 czerwca 2022 r., sygn. akt KIO 1543/22, w którym Izba stwierdziła, że „istotnymi są te elementy, których wartościowy udział w przedmiocie zamówienia jest znaczny lub od których – ze względu na ich merytoryczne znaczenie – zależy osiągnięcie zasadniczych celów, dla których zamówienie jest udzielane. Chodzi o elementy istotne pod względem wartościowym lub merytorycznym, mogące zaważyć na powodzeniu zamówienia jako całości.”

W związku z powyższym, istotnymi częściami składowymi ceny lub kosztu w rozumieniu art. 224 ust. 1 ustawy PZP będą te części składowe ceny lub kosztu, które ze względu na ich wartość, a także wielkość lub rozmiar, a tym samym znaczący udział w całości zamówienia, mają wpływ na wykonanie zamówienia.

Zdaniem Izby, na podstawie okoliczności sprawy i przedstawionych dowodów Odwołujący nie wykazał, że Przystępujący nie jest w stanie wykonać całego przedmiotu zamówienia za cenę określoną w ofercie. W ocenie Izby, elementy składowe składające się na prace w grupie TER 10c nie stanowią istotnej części składowej ceny, ponieważ udział % w ofercie Odwołującego obejmujący koszt całej grupy prac w TER 10c wynosił niespełna 6,9% w części I (Rejon Lipiany) i 4,9% w części IV (Rejon Stargard) wartości ceny ofertowej Odwołującego.

Nadto, Izba zważa, że nawet gdyby uznać, że elementy składowe składające się na prace w grupie TER 10c, stanowią istotną część składową ceny, to również i w tym przypadku Odwołujący nie wykazał, że Przystępujący za cenę 15,00 zł (część I) i 5,00 zł (część IV) w pozycji usuwanie śliskości, jak również 35 zł (część I) i 10 zł (część IV) w pozycji odśnieżanie wraz z usuwaniem śliskości, czy też 2,00 zł i 5,00 zł dla pozycji drogi serwisowe odpowiednio w przypadku usuwania śliskości i odśnieżania wraz z usuwaniem śliskości (część IV), nie jest w stanie wykonać elementów składowych składających się na prace w grupie TER 10c za ww. ceny z należytą starannością.

Ponadto stawki wskazane przez Odwołującego w grupie prac TER 10c zarówno w części I, jak i IV przedmiotu zamówienia są najwyższe, tj. (w części I: 150,00 zł – 300,00 zł) i części IV: 200,00 zł – 300,00 zł, drogi serwisowe 80,00 zł -150,00 zł) w zestawieniu cen jednostkowych dla części I i IV zaproponowane przez pozostałych wykonawców (koszty usuwania śliskości mieszczą się w przedziale 55,55 - 85,00 zł, drogi serwisowe 24,27-85,00 zł, zaś koszty odśnieżania wraz z usuwaniem śliskości mieszczą się w przedziale 85,00 – 95,00 zł za kilometr, drogi serwisowe 46,81 zł - 95,00 zł), przy czym należy zauważyć, że w części I oferty zostały złożone przez Odwołującego i Przystępującego, a nie jak wykazuje Odwołujący w swoich tabelach porównawczych w stosunku do innych jeszcze wykonawców. Izba chciałaby w tym miejscu zaznaczyć, iż zestawiając określone pozycje Odwołującego z odpowiednimi pozycjami cenowymi Przystępującego w obu ofertach na podstawie dowodów Przystępującego wynika, że w przypadku np. pozycji nr. 9.9 (Usuwanie wiatrolomów (konarów i gałęzi) po wichurach wraz z odwiezieniem i uporządkowaniem terenu (zrębki) w grupie prac nr 8 - Estetyka, cena jednostkowa w ofercie Odwołującego została piętnastokrotnie zaniżona w stosunku do ceny Przystępującego i ponad dwudziestotrzykrotnie w stosunku do ceny

przyjętej w kosztorysie inwestorskim (cena jednostkowa Odwołującego wynosiła 50,00 zł, Przystępującego 750,00 zł, wg. kosztorysu inwestorskiego 1.185,00 zł), co daje sumarycznie kwotę brutto dla tej grupy prac 7.111.976,65 zł w ofercie Odwołującego, 9.629.446,02 zł w ofercie Przystępującego, 14.622.567,06 zł wg. kosztorysu inwestorskiego w Rejonie Lipiany, czy też w poz. 3.2. w grupie prac nr 5 – Chodniki, ścieżki rowerowe, cena jednostkowa Odwołującego wynosiła – 500,00 zł, Przystępującego – 7000,00 zł, wg. kosztorysu inwestorskiego 4.002,00 zł, co daje sumarycznie kwotę brutto dla tej grupy prac 607.558,50 zł w ofercie Odwołującego, 1.196.847,81 zł w ofercie Przystępującego, wg. kosztorysu inwestorskiego 862.137,32 zł w Rejonie Stargard, co jednoznacznie świadczy o tym, że również sam Odwołujący dał dużo niższe kwoty ww. pozycjach.

Warto w tym miejscu podkreślić, że zgodnie z pkt 5.3.5 SST Zimowego Utrzymania Dróg: „W pierwszej kolejności Wykonawca ma wykonać prace związane z zimowym utrzymaniem dróg opisanym w niniejszej SST na ciągu głównym na całej szerokości jezdni oraz na drogach rozprawdzających.....Drogi serwisowe, technologiczne, chodniki, drogi rowerowe i inne będą utrzymywane na wyraźne polecenie zarządcy dróg krajowych”, co oznacza że elementy rozliczeniowe objęte grupą prac z TER 10c mają zostać odśnieżane w ostatniej kolejności i to „na wyraźne polecenie zarządcy dróg krajowych”.

Izba wzięła również pod uwagę poniższą okoliczność, iż w SST Zimowe Utrzymanie Dróg w pkt 1.5.2. wskazano, że świadczenie usług ZUD należy prowadzić zgodnie z „Wytocznymi zimowego utrzymania dróg” obowiązującymi w dniu podpisania umowy. Zgodnie natomiast z pkt 5.7.5. Zarządzenia nr 31 Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z dnia 5 września 2017 r. w sprawie wprowadzenia „Wytocznymi zimowego utrzymania dróg” wynika, że odśnieżanie chodników, peronów przy zatokach autobusowych i ścieżek rowerowych należy prowadzić przede wszystkim z użyciem sprzętu specjalistycznego przeznaczonego do tego celu oraz pługów, szczotek mechanicznych i odśnieżarek prowadzonych ręcznie, co w ocenie Izby ma wpływ na obniżenie kosztów jednostkowych oraz pozwala na zoptymalizowanie czynności związanych z zimowym utrzymaniem dróg.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba doszła do przekonania, że oferta Przystępującego obejmuje wszystkie elementy składające się na przedmiot zamówienia w zakresie grupy prac TER nr 10c tj. Zimowego Utrzymania Dróg, tak co do „usuwania śliskości”, jak i „odśnieżania wraz z usuwaniem śliskości”, która to wycena pokrywa wszystkie koszty związane z jej elementami składowymi, a tym samym jest zgodna ze Szczegółową Specyfikacją Techniczną w zakresie pkt 1.3. i 1.4.36, 14.21 SST.

Nadto Izba zważa, że różnica cen w zakresie zadania grupy prac w TER 10c w okresie obowiązywania umowy między Odwołującym (Rejon Lipiany – 4.362.525,00 zł i Rejon Stargard 4.023.465,00 zł), a Przystępującym (Rejon Lipiany – 484.725,00 zł i Rejon Stargard 120.845,25 zł), patrząc przez pryzmat całego przedmiotu zamówienia dla prac grupy nr 1-11 (Odwołujący – Rejon Lipiany: 55.804.128,09 zł, Rejon Stargard: 72.228.054,81 zł, Przystępujący - Rejon Lipiany: 48.795.889,16 zł, Rejon Stargard: 67.723.862,76 zł), jest zdaniem Izby nieznaczna i ma tym samym charakter rynkowy.

Tym samym zarzut Odwołującego w zakresie naruszenia przez Zamawiającego art. 224 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP poprzez zaniechanie wezwania MALDROBUD sp. z o.o. sp. k. do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, pomimo iż istotne części składowe oferty tego Wykonawcy wydają się być rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia, tj. w zakresie grupy prac 10c – Zimowe Utrzymanie Dróg – co do „usuwania śliskości”, jak i „odśnieżania wraz z usuwaniem śliskości” w części I i IV, jest zdaniem Izby niezasadny.

Co do pozostałych zarzutów, tj. niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia i naruszenia uczciwej konkurencji, Izba wskazuje, że Odwołujący powyższe zarzuty oparł na tym, iż oferta Przystępującego nie obejmuje wszystkich elementów składających się na przedmiot zamówienia, jak również na tym, że złożenie oferty przez Przystępującego „z cenami jednostkowymi zaniżonymi w tak wysokim poziomie stanowi samo w sobie czyn nieuczciwej konkurencji”. Jednakże zarzuty te wyprowadzone zostały wyłącznie w oparciu o wycenę dokonaną przez Przystępującego w zakresie grupy prac TER 10c w ramach zarzutu zaniechania wezwania Przystępującego do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, nie stanowi zdaniem Izby ani o naruszeniu przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP, ani art. 16 pkt 1 i 2 ustawy PZP, przy czym, co istotne, stwierdzenie niezgodności oferty Przystępującego z warunkami zamówienia musi być niewątpliwe i jednoznaczne, a czego w niniejszej sprawie Izba nie dopatrzyła się.

Konkludując, Izba doszła do przekonania, że Odwołujący nie wykazał, że po stronie Zamawiającego powinny powstać wątpliwości uzasadniające wezwanie Przystępującego do wyjaśnień w zakresie elementów składających się na prace w grupie prac TER 10 c, tym bardziej nie sposób uznać, aby Odwołujący wykazał, że zachodzi w realiach niniejszej sprawy niezgodność oferty Przystępującego z warunkami zamówienia. Skoro więc oferta Przystępującego nie wymagała wyjaśnienia w trybie art. 224 ust. 1 ustawy PZP, tym bardziej nie podlegała odrzuceniu jako złożona z rażąco niską ceną w trybie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP (zarzut przedwczesny), to tym samym jej złożenie nie stanowiło czynu

nieuczciwej konkurencji polegającego na utrudnieniu dostępu do rynku innym wykonawcom poprzez oferowanie usług poniżej kosztów ich realizacji.

Warto w tym miejscu powołać się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 grudnia 2021 r., sygn., akt. KIO 3397/21, zgodnie z którym: „Dla uznania, że złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji nie wystarczy stwierdzenie, iż dany podmiot sprzedaje towary lub usługi poniżej kosztów wytworzenia lub świadczenia, sprzedaż ta musi mieć jeszcze na celu eliminację innych przedsiębiorców. Należy zatem wykazać, że zamiarem wykonawcy była właśnie eliminacja z rynku innego przedsiębiorcy, np. po to, aby zająć jego miejsce na danym rynku, aby stworzyć sobie optymalne warunki do kształtowania cen na tym rynku. Nie jest wystarczające dla wypełnienia dyspozycji art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k. zniżenie przez wykonawcę ceny w celu doprowadzenia do wyboru jego oferty i uzyskania jednego konkretnego zamówienia, w którym to przypadku pozbawienie innego wykonawcy możliwości realizacji tego zamówienia jest jedynie naturalną pochodną”, a Izba zgadza się w pełni z poglądem powyższego składu orzekającego.

Biorąc powyższe pod uwagę, odwołanie w sprawie KIO 237/23 i KIO 239/23 nie mogło zostać uwzględnione przez Izbę.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 2 ust. 1 pkt 2 w zw. z § 5 pkt 2 lit. b i d w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. 2020 r. poz. 2437), obciążając kosztami postępowania Odwołującego w sprawie KIO 237/23 i KIO 239/23. Nadto Izba podzieliła koszty noclegu w wysokości 454 zł po połowie w sprawach KIO 237/23 i KIO 239/23.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....